Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
in der Palmischen Verlagsbuchhandlung.
1819.

Fortsetzung des Titels
de
Evictione.

§. 1118.

Ausnahmen der Verbindlichkeit zur Evictionsleistung wegen der Natur des Geschäfts.

Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung fällt weg, wo es ganz klar ist, daß der Auctor in Ansehung der evincirten Sache nicht die Absicht gehabt habe, oder moralisch gehabt haben könne, dem Erwerber dafür zu stehen, daß er dieselbe für sich behalten und behaupten könne, mithin ihn der Vorwurf nicht trifft, er habe seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Dahin gehört,

1) wenn bey der Uebertragung einer universitas iuris einzelne Sachen entwährt worden sind. Daß es bey der Uebertragung einer Universitas facti anders sey, ist in dem vorigen §. ausgeführt worden. Es ist daher zu unbestimmt, wenn Hellfeld hier überhaupt von einer universitas rerum vendita spricht, ohne zwischen universitas iuris und facti zu unterscheiden. Die von ihm angeführte *L. 1. C. h. t.* redet ausdrücklich nur von einer universitas iuris.

2) Wenn der Handel eine bloße conventio spei ist. Z. B. ich verkaufe Jemandem einen Erbanspruch als noch ungewiß und streitig. Hier muß sich der Käufer den nachtheiligen Ausgang des Prozesses gefallen lassen. Denn der Handel gilt als ein Hofnungskauf [1]). Eben so steht auch der Verkäufer für keine Eviction, wenn er die Sache bey einem Glücksspiele dem Andern verkaufte, um Geld zum Spiel zu erhalten. *L. 2. §. 1. D. Quarum rer. actio non datur*, wo **Paulus** sagt: Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emtor.

3) Wenn sich der Erwerber wissentlich eine fremde, oder mit Rechten eines Dritten belastete, oder eine solche Sache übertragen ließ, woran dem Auctor nur ein zeitiges Recht zustand, was sich über kurz oder lang endigen, und an den zurückfallen werde, der es nachher wirklich evincirt hat. Denn auch hier mußte er den Fall der Entwährung gewärtigen. Er muß sich daher auch den erlittenen Schaden gefallen lassen, und kann, wie **Hellfeld** ganz richtig bemerkt, in einem solchen Falle auch nicht einmahl das Kaufgeld zurückfordern. Folgende Gesetzstelle bestätiget diesen Satz.

L. 27. Cod. h. t. Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et Caesares *Theophilo.* Si fundum sciens alienum, vel obligatum comparavit Athenocles, neque quicquam de evictione convenit: *quod eo nomine dedit*, contra iuris poscit rationem. Nam si ignorans, desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur.

1) *L. 10. et 11. D. de heredit. vel act. vend.* S. den 16. Th. dieses **Commentars** §. 1013. S. 318.

Zwar sind nicht alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, ob die Worte: *quod eo nomine dedit*, auch vom Kaufgelde zu verstehen sind. Viele [2]) wollen sie vielmehr so erklåren, daß der Kåufer in einem solchen Falle, da er wissentlich eine fremde Sache gekauft hat, die dem Eigenthůmer gegebene Litisåstimation, oder, wenn er wußte, daß eine Pfandschuld auf der Sache hafte, das, was er zur Tilgung derselben dem Glåubiger bezahlt hat, oder, wenn er die Sache dem Evincenten wirklich håtte überlassen můssen, was er an Prozeßkosten bezahlt hat, deshalb keinen Ersatz von dem Verkåufer verlangen kŏnne. Allein das Kaufgeld kŏnne er mit Recht zurückfordern, weil sich ja sonst der Verkåufer mit des Kåufers Schaden bereichern wůrde, welches gegen die Billigkeit streite [3]). Auch in andern dergleichen Fållen gestatteten die Gesetze [4]) die Zurůckforderung des Kaufgeldes demjenigen, welcher es wußte, daß an der ihm verkauften Sache ein Dritter Ansprůche habe. Es ist nicht zu låugnen, daß es Fålle giebt, wo die Gesetze die Zurůckforderung des Kaufgeldes gestatten; allein da dieses Ausnahmen sind, die auf besondern Grůnden beruhen, so låßt sich daraus jene einschrånkende Erklårung um

2) *Jac.* Cujacius Recitat. solemn. in Cod. ad h. L. *Franc.* Calletius Commentar. in h. T. Cod. ad L. 27. Tom. II. *Thes. Meerman.* pag. 328. *Ant.* Perez Praelect. in Cod. h. t. nr. 25. *Jo.* Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 32. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 33. Dav. Ge. Struben rechtliche Bedenken. 3. Th. Bd. 103. u. a. m.

3) *L. 13. D. de condict. indeb.*

4) *L. ult. §. ult. Cod. Communia de legatis. L. 1. C. Si vendito pign. agatur. Nov. VII.* Cap. 5. *princ. et* §. 2.

so weniger rechtfertigen, da das Gesetz ganz allgemein sagt, es streite gegen das Recht, wenn der Käufer zurückfordern wollte, was er gegeben hat, wofern nicht auf den Entwährungsfall ein Anders verabredet worden. Ist denn aber das Kaufgeld nicht das nächste und hauptsächlichste, was der Käufer gegeben hat? und das muß doch auch wohl bey einem Vertrage wegen der Entwährung das Erste, und Wichtigste seyn, an dessen Zurückgabe dem Käufer gelegen ist, nicht die Prozeßkosten; und dennoch sagt das Gesetz ganz allgemein, ohne einen solchen Vertrag soll keine Zurückforderung des Gegebenen Statt finden. Noch deutlicher aber zeigt sich dieses aus dem Gegensatz. Hat der Käufer nicht gewußt, daß das ihm verkaufte Grundstück ein fremdes, oder mit einer Hypothek belastetes Grundstück sey, so würde es, sagt unser Gesetz, wider alles Recht streiten, wenn der Verkäufer dem Käufer die Zurückgabe desjenigen vorenthalten wollte, was dieser der Sache wegen aufgewendet hat. Wer mag daran zweifeln, daß dieß zunächst das Kaufgeld sey? Sonderbar klingt freylich die Fassung der Worte, desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur. Wollte man sie so construiren, wie es gewöhnlich geschieht, forma iuris, negantis solutum reddi, refragatur desiderio tuo, so wäre dieß ein offenbarer Widerspruch. Denn auf solche Art würde ja geläugnet, daß der Verkäufer zur Zurückgabe dessen, was der Käufer bezahlt hat, verbunden sey, wenn gleich letzter von den Ansprüchen des Dritten, welcher die Sache evincirte, keine Wissenschaft gehabt hat. Allein schon Johann Jens [5]) hat bemerkt, daß das negantis nicht auf forma iuris, sondern auf

5) Stricturae ad Romani iuris Pandectas et Codicem (*Lugd. Batav.* 1764. 4.) pag. 637.

desiderio tuo gehe, und soviel als desiderio tui, negantis solutum reddi debere, heißen solle. Eine zwar griechische Construction; denn die Griechen brauchen *μου, σου, ἡμῶν, ὑμῶν, ἀυτοῦ*, häufig, wo die Lateiner *meus, tuus, noster, vester, suus* setzen; sie ist aber doch auch in den Gesetzen des Justinianeischen Codex nicht ungewöhnlich [6]. Das *reddi* ist das Griechische *ἀποδίδοσθαι*, und entweder für reddi *debere*, oder im activen Sinn für *reddere* zu nehmen. Die Gesetze, worauf die entgegengesetzte Erklärung gegründet wird, enthalten blos Ausnahmen von der Regel, welche auf besondern Gründen beruhen, wie sich gleich näher ergeben wird. Die erste Ausnahme ist, wenn der Erbe eine zur Erbschaft gehörige Sache, die einem Andern unter einer Bedingung vermacht worden ist, während der Pendenz derselben an einen Dritten verkauft, der dieses Verhältniß der Sache wußte; so kann zwar der Legatar, wenn nachher die Bedingung in Erfüllung geht, die Sache von dem Käufer abfordern [7], aber der Käufer kann auch die Wiedererstattung des dafür bezahlten Kaufgeldes von dem Verkäufer, als seinem Auctor, verlangen [8]. Allein es ist hier nicht zu übersehen, was Cajus [9] lehrt: Res sub conditione legata, pendente conditione *pleno iure heredis est.* Der Erbe konnte also auch, als Eigenthümer, die Sache veräussern [10]. Allein wegen des ihm auferlegten Ver-

6) Beyspiele geben *L.* 16. *Cod. de his, qui accusare non possunt. L.* 6. *Cod. de hered. instit.* und *L.* 11. *Cod. de solut. et liberat.*

7) *L.* 69. §. 1. *D. de Legatis. I.*

8) *L. ult.* §. 3. *Cod. Commun. de legatis.*

9) *L.* 29. §. 1. *D. Qui et a quibus manumissi.*

10) *L.* 24. §. *fin. D. de fideic. libert.* Doch sagt *L. ult* §. 3. *C. Comm. de legat.* Melius quidem faciet heres.

mächtnisses hat er nur ein wiederrufliches Eigenthum[11]: Dieses hört folglich und zwar ex tunc auf, wenn die Bedingung existirt, als ob er es nie gehabt hätte[12]. Es muß mithin auch eben dadurch der von ihm unternommene Verkauf der Sache eben so aufgehoben werden, als ob er nicht geschehen wäre. Sciat, sagt Justinian *L. fin.* §. 3. *Cod. Communia de legat.* quod, conditione impleta, ab initio causa in irritum devocetur, et sic intelligenda est, *quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata.* Ist aber der Kauf für nicht geschlossen zu halten, so besitzt auch der Verkäufer das Kaufgeld sine causa[13], und es kann folglich zurückgefordert werden. Aber auch nur dieses allein; mehr nicht, wenn auch der Käufer auf den Entwährungsfall das Duplum stipulirt hätte. Denn ist der Kauf nichtig, so kann auch nichts gelten, was durch einen Nebenvertrag versprochen worden ist. So erklärt sich denn, was Justinian sagt *L. ult.* §. 4. *Cod. Commun. de legatis.* Emtor autem sciens rei gravamen, adversus venditorem actionem habeat, tantum *ad restitutionem pretii*, neque duplae stipulatione, neque melioratione locum habente: *cum sufficiat ei saltem pro pretio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri.*

Eine zweyte Ausnahme findet Statt, wenn das Kaufgeld zum Nutzen des evincirenden Eigenthümers verwen-

si caveat ab omni venditione, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat.

11) *L.* 66. *D. de rei vindicat. L.* 82. *pr. D. de legatis I.*

12) *Arn.* Vinnius Selectar. iuris Quaestion. Lib. II. cap 5.

13) *L.* 1. *in fin. D. de condict. sine causa.*

det worden ist. Hier kann der Käufer den Ersatz desselben sogar mit Zinsen von dem Eigenthümer verlangen, wenn er gleich in mala fide sich befindet. Dieß ist der Fall, von welchem *L. 1. Cod. Si vend. pignore agatur* spricht, wobey noch vorzüglich der Umstand zu berücksichtigen ist, daß der Gläubiger befugt war das Pfand zu verkaufen, beym Verkaufe aber zum Nachtheil des Schuldners und Eigenthümers mit dem Käufer colludirte, und denselben durch gar zu wohlfeilen Verkauf begünstigte [14]). Hier soll dem Schuldner, wenn ihn der Pfandgläubiger schadlos zu halten ausser Stand wäre, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt werden, wenn er dem Käufer das Kaufgeld nebst Zinsen erstattet. Der Grund hievon ist, weil durch das Geld, was der Käufer für die Sache dem Gläubiger bezahlt hat, der Eigenthümer von seiner Schuldverbindlichkeit befreyet worden ist [15]). Es bringt dieses aber auch schon die Natur der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit sich, welche auch dem nützt, wider welchen sie gesucht worden ist [16]).

Eine dritte Ausnahme findet in dem Falle Statt, wenn Sachen, die einer Kirche, oder den Armen gehören, widerrechtlich veräussert worden sind. Hier soll zwar der Käufer nach der Novelle VII. Kap. 5. die Sache ohnentgeldlich wieder an die Kirche oder fromme Stiftung, welcher sie gehört, herausgeben, aber der Verkäufer, er sey der Kirchenpfleger selbst, oder ein Anderer, soll ihm

14) *L. 3. et L. ult. C. Si vend. pign. agatur.*

15) S. *Hug.* DONELLUS Commentar. ad L. 1. Cod. Si vend. pign. agat. nr. 4.

16) *L. un. Cod. de reputationib. L. 24. §. 4. D. de minorib.*

das Kaufgeld wieder zu erstatten schuldig seyn. Der Grund ist, wie ihn Justinian angiebt, *quo illi, si non timore Dei, saltem metu substantiae suae, ad vendendum fiant tardiores.* Es sollte also dadurch zugleich der veräussernde Oekonom bestraft werden, quem *Iustinianus* declarat odio dignum esse maiore, poena maiore, idcirco teneri etiam eum emptori, wie Cujaz[17]) hierbey sehr richtig bemerkt hat. Durch alle diese Ausnahmen wird also die Regel der *L.* 27. *C. h. t.* nicht aufgehoben, welche überdem noch durch folgendes Gesetz bestärkt wird.

L. 7. *Cod. Communia utriusq. iud.* Impp. Diocleт. et Maxim. AA. et CC. *Severiano* et *Flaviano.* Si fratres vestri pro indiviso commune praedium citra vestram voluntatem obligaverunt, et hoc ad vos, secundum pactum divisionis, nulla pignoris facta mentione, pervenit: evictis partibus, quae ante divisionem sociorum fuerunt, in quibus obligatio tantum constitit, ex stipulatu, si intercessit: alioquin, quanti interest, praescriptis verbis contra fratres agere potestis: *nam si fundi, scientes obligationem, dominium suscepistis: tantum evictionis promissionem solemnitate verborum, vel pacto* promissam probantes, eos conveniendi facultatem habebitis.

Es war hier bey der Erbtheilung einem Bruder von den übrigen Geschwistern ein Grundstück zugetheilt worden, woran sie ihre Antheile einem Dritten verpfändet hatten. Diese Theile, denn nur diese allein konnten ver-

17) Novellar. constitution. Imp. Justiniani exposit. ad Nov. VII. circa fin.

pfändet werden (in quibus obligatio tantum constitit), waren nachher von den Pfandgläubigern evincirt worden. Es entstand nun die Frage, in wiefern die übrigen Geschwister dem Evictus zur Entschädigung verbunden waren? Diese Frage wird von den Kaisern so entschieden. Erstens, hat der Evictus von der Verpfändung und dem Anspruche der Gläubiger bey der Uebernehmung des Grundstücks nichts gewußt, so kann er gegen seine Geschwister auf Evictionsleistung klagen, und zwar entweder mit der actio ex stipulatu, wenn eine solche Stipulation errichtet worden ist (si intercessit sc. talis stipulatio), oder er kann mit der actio praescriptis verbis, weil eine solche Theilung wie ein Tausch angesehen wird, das Interesse verlangen. Zweytens hatte hingegen der Evictus bey der Uebernehmung des Grundstücks von dem darauf haftenden Pfandrecht Wissenschaft, und er gieng dennoch die Theilung ein, ohne sich wegen der künftigen Eviction durch Stipulation oder durch ein pactum adjectum vorzusehen; so hat er nachher, wenn die Entwährung wirklich erfolgt, keine Klage gegen seine Geschwister. Denn es wird angenommen, als habe er sich seiner Entschädigungsforderung stillschweigend begeben [18]).

So wäre also Hellfelds Meinung durch die Gesetze vollkommen gerechtfertiget, sie hat aber auch die Auctorität der größten Rechtsgelehrten für sich [19]).

18) S. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten, und der Erbtheilungsklage. §. 835.

19) *Hug.* Donellus Commentar. ad L. 27. Cod. h. t. pag. 751. *Hub.* Giphanius Explanat. difficil. et celebrior. LL. Cod. ad L. 7. C. Commun. utr. iud. pag. 206. sqq. und ad Tit. de Evictionibus. pag. 461. *Rad.* Fornerius Selection. Lib. II. cap. 13. (*Thes. iur.*

4) Hat Jemand eine Sache nicht in eignem Namen, sondern im Namen eines Andern verkauft, z. E. der Gläubiger hat im Namen des Schuldners das Pfand verkauft, oder der Curator hat im Namen seines Pflegbefohlnen eine Sache verkauft; so leistet zwar nicht der Verkäufer die Eviction, wohl aber derjenige, in dessen Namen die Veräusserung geschahe [20]). Irrig ist es hingegen,

5) daß bey einem per aversionem geschehenen Kaufe wegen entwährter einzelner Sachen keine Evictionsleistung Statt finde. Die Gesetze versagen dem Käufer in diesem Falle nur die actio ex stipulatu [21]), allein die actio ex emto, als eine actio bonae fidei, findet allerdings Statt [22]).

Rom. Otton. Tom. II. pag. 62.) *Pet.* FABER Semestrium Lib. II. Cap. 17. pag. 277. (*Genevae* 1660. 4.) *Reinh.* BACHOVIUS Not. et Animadv. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Th. VII. Lit. D. pag. 83. sq. *Jo. Jac.* WISSENBACH Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. XLI. Th. 22. pag. 421. *Ulr.* HUBER Praelect. iur. Rom. ad Pand. P. III. h. t. §. 22. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. LXXXIX. Th. 1. et 2. *Ge. Ad.* STRUV Synt. iur. civ. P. II. Exerc. XXVII. Th. 34. nr. II. und Westphal vom Kauf ꝛc. §. 285.

20) *L.* 1. *et L.* 2. *Cod. Creditorem evictionem pignoris non debere.* (VIII. 46.) S. den 19. Band dieses Commentars. §. 1100. S. 398. *L.* 5. *D. Quando ex facto tutor. L.* 1. et *L.* 3. *Cod. eodem.*

21) *L.* 36. *L.* 42. et *L.* 43. *D. h. t.* Westphal vom Kauf. §. 224 — 226.

22) *L.* 8. *L.* 16. *pr. L.* 44. *D. de evict. L.* 82. §. 4. *D. de legat. I. L.* 23. §. 1. *D. de Usurpat. et Usuc.* Westphal vom Kauf. §. 226 — 229.

§. 1119.

In wiefern findet bey Schenkungen Evictionsleistung Statt?

Aus dem Grundsatz des vorigen Paragraphen entscheidet sich auch die Frage, ob bey Schenkungen eine Evictionsleistung Statt finde? Die Frage war unter den Rechtsgelehrten von jeher sehr streitig. Die Glossatoren, deren Meinung von Azo [23]) ausgeht, und am Bartolus [24]) einen vorzüglichen Vertheidiger fand, unterscheiden, ob der Schenkung ein Versprechen vorausgieng, oder dieselbe gleich mit der Uebergabe ihren Anfang nahm. Im ersten Falle hafte der Donator, wie derjenige, welcher ein Heyrathsgut versprochen hat, für Entwährung; in dem letztern Falle stehe er für nichts, wenn er sich keines Betrugs schuldig gemacht hat. Man gründete diese Meinung auf die *L. 1. Cod. de iure dot.* Es spreche zwar das Gesetz nur vom Heyrathsgute. Allein die Bestellung eines Heyrathsguts sey ja auch eine Art von Schenkung. Man glaubte also, dieses Gesetz auf alle Schenkungen sicher anwenden zu können. Der Glosse huldigten unter den nachfolgenden Rechtsgelehrten vorzüglich Johann Sichard [25]), Caballinus [26]), Alphonsus von Guzmann [27]), und zuletzt Benedict Carpzov [28]). Sie suchten diese Meinung nicht nur durch mancherley Beyspiele zu erläutern, sondern auch noch

23) Glos. ad L. 1. Cod. de iure dot. et ad L. 18. §. ult. D. de donationib.

24) Comm. ad L. 18. D. de donat.

25) Praelect. in Cod. ad L. 2. h. t. Tom. II. pag. 1321. sq.

26) Tr. de Eviction. §. 3. nr. 3.

27) Tr. de Evict. Qu. XXV. nr. 9. sqq.

28) Jurispr. for. P. II. Const. XXXIV. Definit. 23. nr. 3.

durch mehrere Gründe zu unterstützen. Sie sagten nämlich, wenn die Schenkung von einem Versprechen beginnt, so habe der Donator die Absicht, sich verbindlich zu machen. Er habe aber seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, wenn die Sache evincirt wird. Bey einer durch Uebergabe sogleich vollzogenen Schenkung aber verbinde sich der Donator zu nichts, und von diesem Falle sey *L.* 18. §. *ult. D. de donat.* zu verstehen, wo Ulpian sagt: Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumtus magnos fecero, et sic evincatur, *nullam mihi actionem contra donatorem competere:* plane *de dolo* posse me adversus eum habere actionem, *si dolo fecit.* Allein diese Meinung fand mächtige Gegner an Franz Duaren [29]), Hubert Giphan [30]), Georg Frantzke [31]), Franz Callet [32]), Johann Voet [33]), und Ulrich Huber [34]). Sie setzten ihr entgegen, der Schluß vom Heyrathsgute auf eine jede andere Schenkung sey ganz unrichtig. Denn eine dos sey keine causa mere lucrativa, da sie die Bestreitung der Ehestandslasten zum Zweck habe; sey überdem auch weit mehr begünstiget, als eine bloße Schenkung. Dann sey das Versprechen eines Heyrathsguts auch schon vor Justinian verbindlich gewesen, aber nicht der Schenkungsver-

29) Commentar. ad L. 2. Cod. h. t. *Oper.* pag. 1216.

30) Lectur. Altorphin. ad L. 18. D. de donat. nr. 32. sqq. pag. 134.

31) Commentar. in Pand. h. t. nr. 422 — 436.

32) Commentar ad L. 2. Cod. de Eviction. T. II. *Thes. Meermann.* pag. 316.

33) Commentar. ad Pand. h. t. §. 13.

34) Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. in fin.

trag. Ward dieser auch durch eine Stipulation bekräftigt, so verpflichtete er doch nur zur Tradition des versprochenen Geschenks, aber nicht zur Uebertragung des Eigenthums. Es würde hart seyn, den Donator auch zu dem Letztern zu verpflichten, da der Donatar die Sache umsonst erhalten hat, und durch die Eviction nichts, als ein lucrum einbüßt. Deswegen gehe auch das Aedilizische Edict nicht auf Schenkungen, ne liberalitatis suae donator poenam patiatur, wie Modestin sagt *L. 62. D. de aedilit. Edicto.* Endlich stehe jener Meinung auch die *L. 2. C. h. t.* entgegen, wo gesagt wird, die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung könne bey Schenkungen nur durch Stipulation begründet werden. Ein bloßes pactum sey nicht hinreichend. Wie könnte dieß gesagt werden, wenn schon in der Natur des Versprechens, einem Andern etwas schenken zu wollen, diese Verbindlichkeit gegründet wäre. Den strengsten Beweis gegen die Glosse hat unstreitig Hugo Donellus [35]) geführt. Er ist aus der *L. 35. §. 5. Cod. de donat.* genommen. In diesem Gesetz hat Justinian dem Schenkungsvertrage die Wirkung beygelegt, daß er den Donator zur Erfüllung seines Versprechens eben so verpflichten soll, als wäre derselbe durch Stipulation bekräftiget worden. Diese Verbindlichkeit besteht nun aber darin, daß der Donator tradire, was er zu schenken versprochen hat, und damit der Donator diese Verbindlichkeit erfülle, giebt das Gesetz dem Donatar eine Klage gegen ihn. Hat also der Donator die Sache tradirt, so hat er seine Verbindlichkeit erfüllt. Daß er auch für die Entwährung stehe, fordert das Gesetz von ihm nicht. Auch in der Natur

35) Commentar. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 6. pag. 733.

des Schenkungsvertrags liegt kein Grund zur Evictionsleistung. Es kann also die Erfüllung dieses Vertrags nicht mehr Kraft haben, als die Uebergabe, wenn mit derselben die Schenkung ohne vorhergegangenen Vertrag begonnen hätte. Soll demnach eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung Statt finden, so muß sie durch Vertrag begründet werden, und dazu ist ein pactum nudum nicht hinreichend, sondern es wird nach *L. 2. C. h. t.* eine Stipulation erfordert. Nudo pacto interveniente, so rescribiren die Kaiser Severus und Antoninus, minime donatorem hac actione teneri, certum est. War also keine Stipulation wegen der Evictionsleistung eingegangen worden, mit welcher Klage hätte sie gefordert werden wollen? Man könnte zwar denken, da nach der oben angeführten Verordnung des Kaisers Justinian nun eine Schenkung, ohne Stipulation, durch bloßen Vertrag gilt, so müsse ein Gleiches von dem Vertrage der Evictionsleistung gelten Allein man würde über die Gränzen einer richtigen Interpretation hinausgehen, wenn man so schließen wollte. Es ist nicht in dem einen Falle, wie in dem andern, derselbe Grund vorhanden. Daß der Donator die Sache tradire, welche er einem Andern zu schenken versprochen hat, dadurch geschieht ihm kein Unrecht. Allein daß er auch Eviction leiste, wenn etwa die geschenkte Sache ohne sein Wissen einem Andern gehört hätte, wäre hart. Denn er würde für seine Freygebigkeit eine unverdiente Strafe leiden. Hätte Justinian ein Anders gewollt, so würde er nicht die *L. 2. Cod. h. t.* unabgeändert in seinen Codex aufgenommen haben. Eben so, wie Donell, lehrt auch Arnold Vinnius [36]).

36) Selectar. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 8. in fin.

So ward durch das Uebergewicht der Gründe das Glossatorenheer geschlagen, und lang herrschte die obsiegende Meinung jener Coryphäen. Nun standen zwar mehrere Rechtsgelehrte [37]) auf, welche wenigstens bey remuneratorischen Schenkungen eine Ausnahme von der Regel, nach welcher der Schenker für keine Entwährung steht, machen zu müssen glaubten. Die Gründe für diese Meinung nahmen sie theils aus der Natur einer remuneratorischen Schenkung her, welche besondere Wohlthaten voraussetzt, zu deren Wiedervergeltung nicht blos Dankbarkeit, sondern Pflicht und Schuldigkeit uns antreibt; theils aus einigen Gesetzen. Sie berufen sich nämlich auf die *L.* 27. und *L.* 34. §. 1. *D. de donat.* Allein dieser Meinung setzten sich Samuel von Cocceji [38]), Johann Wunderlich [39]), und Carl Friedrich Walch [40]) entgegen, und zeigten die Nichtigkeit der angeführten Gründe. Auch eine remuneratorische Schenkung verläugnet das Wesen einer Schenkung nicht, welche, wie Papinian [41]) sagt, nullo iure cogente ge-

37) Tiraquellus ad L. 8. Cod. de revoc. donat. nr. 11. sqq. Frantzkius Commentar. in Pand. h. t. nr. 59. Struv Synt. iur. civ. Tom. II. Exerc. XXVII. Th. 17. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Westenberg Princip iur. sec. ord. Pand. h. t. §. 13. Waechtler de Evictionibus. §. 27. in *Opusc.* pag. 11. u. a. m.

38) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 6.

39) Diss. de evictione in donatione remuneratoria non praestanda. *Jenae* 1754.

40) Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. III. Membr. I. §. 13. pag. 468. sqq.

41) *L.* 29. *pr. D. de donat. L.* 214. *D. de Verb. Signif.*

schieht, weil zur Vergeltung empfangener Wohlthaten kein Zwang in foro civili Statt findet [42]). Ein Anders wollen auch die angeführten Gesetze nicht. Denn die *L.* 27. *D. de donat.* redet nicht sowohl von einer remuneratorischen Schenkung, als vielmehr von der Belohnung eines verdienten Lehrers, dessen Unterweisung und Beyspiele sein dankbarer Schüler seine ganze Bildung verdankte. Nicostratus, so hieß der würdige Greis [43]), dem sein Schüler Aquilius Regulus zur Belohnung für seinen Unterricht die freye Wohnung gegeben hatte, war Rethor, d. h. Lehrer der römischen Sprache und Beredsamkeit [44]). Solche Lehrer konnten für ihren Unterricht einen Lohn sogar vor Gericht fordern [45]). Und da-

42) Die Verbindlichkeit, genossene Wohlthaten zu vergelten, erklären die Gesetze für eine blos natürliche, die keine Klage begründet. *L.* 25. §. 11. *D. de hereditat. petit.* S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Spec. CCCCXXXIV. medit. 10.

43) Von diesem Nicostratus lese man, was *Andr.* ALCIATUS Parergor. Lib. II. cap. 49. *Ev.* OTTO Praef. Tomi I. *Thes. iur. Rom.* pag. 37. und derselbe in Papiniano. Cap. XII. §. 2. pag. 368. erzählen. PHILOSTRATUS *de Vitis Sophistar.* Lib. II. cap. 31. rühmt seine besondere Eleganz im Ausdruck.

44) S. CRESOLLII Theatrum veterum rhetorum, oratorum, declamatorum, quos in Graecia nominabant *σοφιστας*. *Paris* 1620. 8. *Ev.* OTTO de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. VI. §. 5. und Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit. Herausgegeben von Theod. Hagemann und Chr. Aug. Günther. 1. Th. S. 324. ff.

45) *L.* 1. *pr. D. de extraord. cognit.* S. *Franc.* BALDUINI Disputat. I. de iure civili ex Papiniano. EIUS

für sollte ja auch die gegebene freye Wohnung gelten. Dixi posse defendi, sagt Papinian, non meram donationem esse, verum officium Magistri *quadam mercede* remuneratum Regulum [46]) Das andere Gesetz beweißt eben so wenig. Es ist aus Paulus *libro V. Sententiar.* genommen, und lautet folgendermassen. Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat: haec donatio irrevocabilis est. Non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit. Vergleichen wir diese Stelle mit den Fragmenten, die wir noch jetzt von des Paulus *Sententiae Receptae* haben, so lautet sie: Lib. V. Tit. 11. §. 6. eigentlich so: Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur: si tamen donatio, et non merces eximii laboris appellanda est: quia

Commentariis ad Leges de iure civili, *Halae* 1730. 8. subjunct. pag. 327. sqq.

46) Die in der *L. 27. D. de donat.* entschiedene Streitfrage, warum die Erben des verstorbenen Regulus seinem Lehrer die eingeräumte freye Wohnung streitig machten, hier näher zu erörtern, ist unnöthig. Man sehe *Jac.* Cujacius Commentar. in Lib. XXIX. Quaestion. Papiniani Oper. Tom. I. pag. 809. Derselbe Observation. Lib. XVII. cap. 33. et Lib. XXI. cap. 37. *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. P. IV. Dec. LXXVII. Err. 8. 9. 10. *Ed.* Caldera Variar. Lection. Lib. III. cap. 5. Tom. III. *Thes. Meerm.* pag. 635. *Hub.* Giphanius Lecturae Altorphin. ad L. 27. D. de donat. pag. 147 sq. *Ger.* Noodt de Usufructu Lib. II. Cap. 16. und am neuesten *von* Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft IV. Band 1. Heft Nr. I. S. 47. ff.

contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit. Es erscheint hieraus, daß Tribonian die daraus entlehnte L. 34. auf mehr, als eine Art abgeändert habe. Nun ist zwar die Leseart selbst noch streitig, indem Haloander und Baudoza statt *non* merces, *nam* merces, oder merces *enim*, Anton Schulting [47]) *si non* merces, Johann Wilhelm Marckart [48]) aber *nam non* merces lesen. Man nehme indessen an, welche Leseart man will, so ist soviel gewiß, daß hier von einer remuneratorischen Schenkung die Rede ist. Dankbarkeit gegen den Retter des Lebens machte daher zu Paulus Zeiten eine Ausnahme von der Vorschrift der Lex Cincia nöthig, vermöge welcher sonst Schenkungen, die über eine gewisse Summe hinausgingen, ohne Mancipation, oder eine gleich wirksame Form, nämlich cessio in iure, oder Tradition nicht gültig waren [49]). War nun auch gleich die Lex Cincia zu Justinians Zeiten antiquirt, nachdem die Nothwendigkeit jener alten Form bey Schenkungen aufgehoben war [50]), so

47) Iurisprud. Antejustin. ad loc. Pauli cit. not. 28. Jedoch ist Schulting auch nicht abgeneigt, wegen einer Note des Taurellius zur florentinischen Ausgabe statt non, *nam* zu lesen. Es ist merkwürdig, daß auch die Scholien der Basiliken Tom. VI. pag. 210. γὰρ haben.

48) Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum. Lib. II. Cap. 10. §. 1. pag. 235. sqq.

49) Daß die Lex Cincia wirklich ein gewisses Maaß bey Schenkungen bestimmt hatte, setzt nicht nur diese Stelle des Paulus ausser Zweifel, nach welcher, ausser dem Fall einer solchen remuneratorischen Schenkung, von welcher er redet, sonst nicht erlaubt war, in infinitum zu schenken. Es sind aber auch in der That so viele Stellen in den Pandecten, die auf einen modus legitimus bey Schenkungen

galten doch auch Schenkungen, in so weit sie eine gewisse Summe überschritten, schon zu der Zeit, da die Pandecten verfertiget wurden, nach den neuern Verordnungen nicht ohne eine gerichtliche Insinuation. Auch von dieser Vorschrift ward daher ein solcher Fall ausgenommen, wovon Paulus spricht. Kein Wunder, wenn eine solche remuneratorische Schenkung für unwiderruflich erklärt wird, weil man dasjenige, wodurch man die herrliche That desjenigen belohnt, der uns in einer augenscheinlichen Gefahr das

hindeuten, vorhanden, als *L.* 9. §. 1. *L.* 11. *L.* 21. §. 1. *L.* 24. *D. de donat.* *L.* 5. §. 5. *D. de doli mali et met. except.* daß man mit vollkommenem Grunde dem Cujaz beystimmen kann, wenn er die ganz verstümmelten Anfangsworte der Fragmente des Ulpians Tit. 1. auf folgende Art ergänzt hat: *Imperfecta lex est, veluti* Cincia, *quae supra certum modum donari prohibet,* exceptis quibusdam cognatis, *et si plus donatum sit,* non rescindit. S. von Savigny Ueber die Lex Cincia de donis et muneribus; in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. IV. B. 1. Heft. Nr. I. S. 12. ff. u. S. 21. ff. und *Frid.* Brummer Commentar. ad L. Cinciam. Cap. XII. p. 88. Die Summe, bis zu welcher die Lex Cincia eine Schenkung auch ohne Mancipation zuließ, läßt sich zwar mit Gewißheit nicht bestimmen. Wahrscheinlich aber ist es, daß sie in 20000 Sesterzen bestanden habe. S. von Savigny a. a. O. S. 36. ff. Die neuern Constitutionen, welche bey Schenkungen großer Summen die gerichtliche Insinuation vorschreiben, enthielten nur eine Fortsetzung der Lex Cincia, und die 200 Solidi, deren in den Verordnungen der Kaiser vor Justinian nach §. 2. *I. de donat.* Erwähnung geschieht, stimmen ganz mit der Summe überein, welche die Lex Cincia als Gränze großer Schenkungen festgesetzt hatte. v. Savigny S. 31. ff.

Leben gerettet hat, keinen Lohn nennen kann, den man für Dienste bezahlt, die uns Jemand geleistet hat denn Rettung eines Menschen aus einer Lebensgefahr läßt sich nach keinem gewissen Maasstabe schätzen [51]). Daraus folgt nun aber doch noch lange nicht, daß eine solche Schenkung auch die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung nach sich ziehe. Denn giebt es keine Klage ad remunerandum, wie könnte eine Klage wegen der Eviction Statt haben?

Seit dem Kanzler Koch war nun eine gewisse Idee zur herrschenden geworden, welche er zwar für neu ausgiebt, die man aber schon bey ältern Rechtsgelehrten [52]) findet. Doch gebührt ihm das Lob, dieselbe mehr ins Licht gesetzt, und schärfer bewiesen zu haben, als seine Vorgänger. Koch behauptet nämlich, es komme bey der

50) *L.* 35. §. 5. *L.* 37. *Cod. de donat.* §. 2. *I. eodem. Nov.* 162. *cap.* 1.

51) *Ant* Schulting in Iurispr. Antejustin. p. 475. not 28. glaubt zwar nicht, daß Tribonian bey der Veränderung der Stelle des Paulus an die Insinuation gedacht habe; sondern vielmehr damit soviel habe sagen wollen, die Schenkung könne auch nicht einmal wegen einer Undankbarkeit des Donatars wiederrufen werden, gegen die Regel der *L. ult. Cod. de revoc. donat.* Allein der im Gesetz beybehaltene Grund des Paulus macht die erstere Meinung wahrscheinlicher, welche auch Schulting keinesweges verwirft. Abgesehen von der Form, welcher große Schenkungen nach den Gesetzen unterworfen waren, ist nicht glaublich, daß Tribonian dem Paulus einen andern Sinn untergeschoben habe, als er mit seinen eigenen Worten ausdrücken wollte, wie Walch in Controv. iur. civ. pag. 470. dafürhalten will.

52) Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 13.

Frage, ob der Schenker zur Evictionsleistung verpflichtet sey, auf folgenden Unterschied an. Verspreche ich durch Vertrag auf einen Andern Etwas unentgeldlich übertragen zu wollen, so ist es entweder eine individuell bestimmte Sache (Species), oder ich verspreche Etwas nur in genere zu schenken. In dem ersten Falle nennt er die Schenkung eine *donatio speciei*, z. B. ich will dir mein schwarzes Reitpferd schenken. In dem letzten Falle hingegen läßt sich denken, daß ich entweder einen gewissen Inbegriff mehrerer Individuen bestimme, derselbe bestehe nun in einer universitas oder in einer bloßen Quantität, woraus ich dem Donatar die ihm in genere versprochene Sache geben zu wollen, mich verpflichtet habe, oder daß ich dem Andern eine Sache schlechthin und ohne Beziehung auf einen solchen bestimmten Complexus mehrer Sachen verspreche. In diesem Falle nennt Koch die Schenkung eine *donatio generis*, z. B. ich schenke dir ein Reitpferd; in jenem aber eine *donatio mixta*, z. B. ich schenke dir ein Schaaf aus meiner Heerde. Der Unterschied bestehe nun darin; 1) der donator speciei dürfe für keine Eviction haften, wenn er sich nicht durch einen besondern Vertrag dazu verpflichtet, oder einer Arglist schuldig gemacht hat. Denn durch Uebergabe der versprochenen Sache habe er seiner Verbindlichkeit ein Genüge gethan. 2) Ein donator generis hingegen habe seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, wenn dem Donatar die Sache entwährt worden ist. Er sey also deshalb verantwortlich. Den Beweis dieses Unterschieds gründete Koch auf diejenigen Stellen der Pandecten, in welchen gesagt wird, daß bey einem legato generis der Erbe die Eviction leisten müsse, von welcher Verbindlichkeit er bey einem legato speciei frey sey. *L.* 29. §. 3. *D. de*

legat. III. L. 45. §. 2. *D. de legat. I.* Nur so flüchtig entwarf Koch seine Gedanken zuerst in einer Meditatio de evictione in donatione non indistincte praestanda, welche er der oben angeführten Wunderlichischen Dissertation entgegensetzte, und zu Jena 1754. schrieb, als er noch daselbst studirte. Friedrich Andreas Oldenbruch, welcher, als Respondent, die Wunderlichische Dissertation vertheidigt hatte, oder vielleicht auch Wunderlich selbst in Oldenbruchs Namen schrieb zwar dagegen Notata ad meditationem de evictione in donatione non indistincte praestanda *Ienae* nuper editam. *Ienae* 1754. worin er besonders zu zeigen suchte, der Schluß von Vermächtnissen auf Schenkungen sey höchst unsicher, und gelte nicht. Allein Koch führte nun seine Meinnng weiter aus in seiner unter Johann Wilhelm Dietmars, ehemaligen Rechtslehrers zu Jena, Vorsitz im Jahre 1756. gehaltenen Inaugural-Dissertation de evictione non indistincte praestanda, von welcher er nachher, als Rechtslehrer zu Giessen, eine zweyte Ausgabe veranstaltete, die zu Giessen im Jahr 1774. 4 erschien. Ich will hier diese neue Ausgabe der Kochischen Schrift zum Grunde legen, um daraus die Gründe seiner Meinung in ihrem vollen Gehalte darzustellen. Die Hauptgrundsätze, von denen er ausgeht, sind folgende. 1) Bey einer donatio speciei ist ein bestimmtes Individuum *in obligatione.* Dieses muß also auch präcis geleistet werden. 2) Bey einer donatio generis war hingegen das, was der Schenker gegeben hat, nicht *in obligatione*, sondern blos *in solutione*, d. h der Donator konnte es zwar tradiren, um sich seiner Verbindlichkeit zu entledigen; aber er mußte nicht gerade dieses tradiren. 3) Bey der donatio mixta

endlich war das Individuum, was der Donator von dem bestimmten Ganzen geleistet hat, theils *in solutione*, theils *in obligatione*. Es war *in obligatione*, nämlich in Beziehung auf die bestimmte Quantität, insofern gerade aus dieser ein Individuum gegeben werden mußte. Es war aber *in solutione*, nämlich in Beziehung auf das Individuum selbst, insofern nicht gerade dieses tradirt werden mußte, sondern auch eben so gut ein anderes aus der bestimmten Universitas hätte gegeben werden können. Bey einer donatio speciei beschränkt sich also der ganze Umfang der Obligation auf das bestimmte Individuum, welches der Schenker auf den Beschenkten unentgeldlich zu übertragen verspricht. Dieses Individuum ist er zu tradiren schuldig. Hat er also dieses dem Beschenkten bona fide übergeben, so hat er sein Versprechen erfüllt. War er nur vermeintlicher Eigenthümer, so hat er auch nicht mehr Recht auf den Andern übertragen können, als er selbst zu haben glaubte, und der Beschenkte konnte auch nur das acceptiren, was ihm der Schenker versprochen hat. Er steht ihm also auch für nichts weiter. Res enim, qualis est, talis praestari debet[53]).

Ganz anders verhalte sich die Sache bey der donatio generis. Denn hier verpflichtet sich der Schenker, eine Sache in genere, und zwar ohne alle Beziehung auf irgend einen Complexus von Individuen, auf den Donatar zu übertragen. Seine Verbindlichkeit beschränkt sich also nicht auf ein gewisses Individuum, auch nicht auf eine bestimmte Quantität von Sachen, woraus das Individuum geleistet werden müßte; sondern das Individuum,

53) *L. 45. §. 2. L. 46. L. 56. et L. 108. §. 4. D. de legat. I.*

was er nachher dem Donatar tradirt, ist schlechterdings nur in solutione. Er ist also verbunden, eine solche Sache zu tradiren, welche der Donatar haben und behalten kann. Denn sonst ist die Erfüllung des Versprechens nicht wirksam, das heißt, sie befreiet nicht von der durch den Vertrag begründeten Verbindlichkeit [54]).

Endlich bey der donatio mixta verpflichtet sich der Schenker, eine gewisse Sache aus einem bestimmten Complexus von Individuen unentgeldlich auf den Andern zu übertragen. Die Verbindlichkeit des Donators besteht also darin, daß er dem Donatar aus der benannten Quantität eine Species tradire, die derselbe behalten kann. Hat er ihm nun eine Sache tradirt, welche zwar aus diesem benannten Complexus war, die ihm aber von einem Dritten evincirt worden ist, so hat er seine Verbindlichkeit nicht vollständig erfüllt. Denn die übergebene Sache war nur in solutione, wenn noch mehrere Individuen von der benannten Quantität vorhanden sind, an denen der Donator ebenfalls ein Recht hat. Die Solutio ist aber nur dann von Wirkung, wenn sie das wirklich enthält, was in obligatione ist. Da nun diese obligatio eine bestimmte Quantität zum Gegenstande hat, so ist der Donator nur dann erst seiner Verbindlichkeit entlediget, wenn in dieser ganzen Quantität kein Individuum vorhanden ist, welches der Donatar behalten kann. Auf solche Art participirt also eine donatio mixta theils von der Natur einer donatio generis, theils von der Natur einer donatio speciei. Mit jener kommt sie nämlich in Rücksicht des zu leistenden Individuums überein,

54) *L. 38. §. 3. L. 72. §. 5. et 6. D. de Solut. L. 29. §. 3. D. de legat. III.*

überein, mit dieser hat sie gemein, daß die Leistung nur auf die bestimmte Quantität beschränkt ist. Aus der Natur dieser Verschiedenheit der Schenkung, abgesehen von einer etwa dabey begangenen Arglist, oder einem ausdrücklich geschehenen Versprechen der Evictionsleistung, werden nun folgende Grundsätze abgeleitet.

1) Dem Schenker eines generis liegt die Verbindlichkeit der Evictionsleistung unbedingt ob.

2) Der Schenker einer species hingegen steht im Entwährungsfalle für nichts. Allein

3) der donator mixtim talis kann im Entwährungsfalle, wie der donator generis, in Anspruch genommen werden. Er muß nämlich dem Beschenkten ein anderes Individuum oder sonst Entschädigung leisten. Nur dann ist er von dieser Verbindlichkeit befreiet, wenn die ganze Quantität evincirt werden sollte, welche bey der Schenkung für das Eigenthum des Schenkers gehalten wurde.

Diese Sätze werden nun auch noch durch folgende Gesetzstellen bestärkt.

L. 45. §. 1. *D. de legatis I.* Pomponius *lib. VI. ad Sabinum.* Heres *generaliter* dare damnatus (sc. servum) sanum eum esse promittere non debet: sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit: *quia ita dare debet, ut eum habere liceat*, sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet. Sed ob id, quod furtum fecit servus, aut noxam nocuit, evenit, quo minus eum habere domino liceat: sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino

non liceat. — §. 2. Si vero *certus homo* legatus est, *talis dari debet, qualis est.*

L. 46. D. eodem. Pomponius *libro IX. Epistolarum.* Quae *de legato* dicta sunt, transferre licebit ad eum, *qui vel Stichum vel hominem dare promiserit.*

L. 108. §. 10. D. de legat. I. Africanus *lib. V. Quaestionum.* Qui quinque in arca habebat, ita legavit, vel stipulanti promisit, *decem, quae in arca habeo:* et legatum et stipulatio valebit: ita tamen, ut sola quinque vel ex stipulatione, vel ex testamento debeantur: ut vero quinque, quae deerunt, ex testamento peti possint, vix ratio patietur: nam quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non sit, legatum videtur.

L. 29. §. 3. D. de legatis III. Labeo *libro II. Posteriorum a Javoleno epitomatorum.* Si heres tibi, servo *generaliter* legato, Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset: posse te ex testamento agere, Labeo scribit: *quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis:* et hoc verum puto.

L. 58. D. de evict. Javolenus *libro I. ex Plautio.* Heres *servum non nominatim legatum* tradidit, et de dolo repromisit: postea servus evictus est: agere cum herede legatarius ex testamento poterit, quamvis heres alienum esse servum ignoraverit.

Diese Meinung ward nun fast von allen neuern Rechtsgelehrten [55]) angenommen. Nur Thibaut [56] hat neuerlich dagegen Zweifel erregt. Er glaubt, der Satz, der Schenker könne, als solcher, d. h. wenn er weder Evictionsleistung rechtsgültig versprochen, noch sich einer Arglist schuldig gemacht hat, wegen der Entwährung nicht in Anspruch genommen werden, habe ganz entscheidende, directe und analogische Gründe, für sich. Ein analogischer Grund sey der in den Gesetzen unbedingt ausgesprochene Satz, daß der Schenker wegen der heimlichen Mängel der Sache nicht in Anspruch genommen werden könne [57]). Als directe Belege führt er a) eine Stelle aus PAULI *Sentent. recept. Lib. V. Tit.* 11. § 5. an:

> Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur: nec eo nomine, si promiserit, oneratur, quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur.

Es kann allerdings eine übertriebene Delicatesse gegen den Schenker die Ursache gewesen seyn, warum man zu Pau-

55) MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 589. pag 566. in fin. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 962. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1919. in fin. HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. I. Bd. §. 541. not. 3. GÜNTHER Princip. iuris Rom priv. noviss. T. II. §. 1050. Hugo Lehrbuch der Pandecten. §. 207. not. 2. Nach Koch schrieb noch *Wilh. Lud.* RODOWÉ eine Diss. de eo, quod iustum est, circa evictionem in donationibus praestandam. *Goettingae* 1778.

56) Civilistische Abhandlungen. Nr. IV. S. 48. ff.

57) *L.* 62. *D. de aedilit. Edicto.*

lus Zeiten den Rechtssatz gelten ließ, daß selbst kein Versprechen den Schenker zur Evictionsleistung verpflichte, ohne daß man nöthig hat, mit Anton Schulting [58]) statt *si promiserit*, durch Critic *nisi* promiserit zu setzen; da theils die beygefügte gothische Auslegung diese Critic bedenklich macht; theils auch den Erben eine solche Stipulation in Rücksicht des legirten Sklaven nicht verbinden soll [59]). Auf allen Fall aber beweise jene Stelle doch immer soviel, daß man den Schenker, als solchen, von der Evictionsleistung ganz freygesprochen habe.

Eben darauf gehe b) noch mit größerer Bestimmtheit die bereits oben (S. 232.) vorgekommene Stelle aus Ulpians *Libro LXXI. ad Edictum*, nämlich die *L.* 18. § *ult. D. de donat.* Dasselbe sey auch c) durch zwey andere, gewöhnlich übersehene Pandecten Fragmente ausgesprochen; *L.* 48. *D. de Rei vindicat.* und *L.* 131. §. 1. *de Verbor. obligat.* In jener Stelle sagt Papinian: Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti, neque ab eo, *qui praedium donavit*, neque a domino peti possunt: verum exceptione doli posita, per officium iudicis aequitatis ratione servantur. In der letztern aber Scävola: Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus Titio traditus sit, nihilo minus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittetur: nam interest eius, quia mandati actione fundum recepturus sit a Titio: *sed si donationis causa Titium interposuit, dicetur, traditione*

58) Iurisprud. vet. Antejustin. ad Paulum c. I. not. 18. pag. 474.

59) *L.* 56. *D. de legat. I.*

protinus reum liberari. Eben so d) durch *L. 2. Cod. de evict.* welche dahin lautet:

> Quoniam avus tuus, *cum praedia tibi donaret*, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione scilicet hereditatis. Nudo autem pacto interveniente, minime donatorem hac actione teneri certum est.

Daß der Schenker, als solcher, den Beschenkten wegen der Eviction nicht zu entschädigen brauche, wenn nicht ein Anders stipulirt worden ist, sey wiederum durch diese Constitution klar gesagt. Dieses stimme nun auch mit dem Geist der Gesetze und der Denkungsart der Römer vollkommen zusammen. Denn der Beschenkte sey dem Schenker Dankbarkeit schuldig, und keine Tugend ward von den Römern höher gehalten, als die Dankbarkeit [60]). Daher habe der Schenker das beneficium competentiae im höchsten Grade [61]); und könne so wenig wegen einer culpa [62]), als wegen einer mora [63]) in Anspruch genommen werden. Diese Gründe würden auch durch die zur Unterstützung des seit Koch zwischen dem Schenker einer species und eines generis angenommenen Unterschieds auf keine Weise entkräftet. Denn sie sprächen von der Eviction bey Vermächtnissen. Der Schluß sey aber unrichtig, daß man Schenkungen nach den Grundsätzen der Legate behandlen müsse. Der Unterschied sey unver-

60) Cicero *de offic.* Lib. I. cap. 15. Seneca Epist. 81.

61) *L. 19. §. 1. D. de re iudic.*

62) *L. 1. D. Si mensor. L. 23. D. de Reg. iur.*

63) *L. 22. D. de donat.*

kennbar. Denn bey der Schenkung habe es der Beschenkte mit seinem Wohlthäter zu thun, also mit der Person, der er Dankbarkeit und Delicatesse schuldig ist. Allein bey Legaten sey der Erbe nicht der Wohlthäter selbst, sondern nur Diener des Letztern. Wenn nun auch gleich die *L. 46. D. de legat. I.* sage, was vom Legat gilt, solle auch auf den Fall eines geschehenen Versprechens angewendet werden, so sey dieß von Stipulationen zu verstehen, welche auch bey onerösen Geschäften Statt finden können.

Dieß sind Thibaut's Gründe gegen die Kochische Meinung, wie wenig sie aber dadurch entkräftet worden sey, hat Schweppe zwar kurz, aber treffend, in seinem neuen juristischen Magazine [64]) gezeigt. Es ist allerdings ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß es bey einem genus debitum zur Wirksamkeit der erfolgten Leistung gehöre, daß der Empfänger das ihm Geleistete für sich behalten könne [65]). Es beruhet dieser Grundsatz, wie ja Koch so sonnenklar gezeigt hat, in der Natur der Sache, und muß darum gewiß auch bey Schenkungen seine Anwendung finden. Bey einem genus legatum haben ihn die Gesetze [66]) ausdrücklich ausgesprochen. Hier muß der Erbe dafür stehen, daß die Sache, welche er dem Legatar giebt, nicht den Ansprüchen eines Dritten unterworfen sey, und zwar aus dem in der Natur eines generis debiti beruhenden Grunde, *quia ita dare debet, ut eam habere liceat.* Ist also dem Erben auferlegt, dem Legatar einen Sklaven zu geben, so muß er auch dafür stehen, daß der

64) Jurist. Magazin von Albrecht Schweppe. 1. Bandes 1. Heft. (Altona 1818. 8.) S. 145. ff.

65) *L. 33. L. 38. §. 3. L. 72. §. 5. et 6. D. de Solut.*

66) *L. 45. §. 1. D. de legat. I.*

Sklave, welchen er dem Legatar übergiebt, furtis et noxiis solutus sey, d. h. daß auf denselben kein Anspruch wegen Diebstahls und anderer Verbrechen hafte. Nam ob id, quod furtum fecit servus, evenit, *quo minus eum habere domino liceat;* sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, *ut eum habere domino non liceat.* Daß nun hierin zwischen einem genus legatum und genus promissum gar kein Unterschied Statt finde, lehrt Marcellus *L.* 72. §. 5. *D. de Solutionibus* ganz bestimmt: Qui hominem debebat, sagt er, *Stichum,* cui libertas ex causa fideicommissi praestanda est, solvit, *non videtur liberatus.* Nam vel minus hic servum dedit, quam ille, *qui servum nondum noxa solutum* Num ergo et si *vispellionem* [67]) aut alias turpem dederit hominem, idem sit? *Et sane datum negare non possumus.* Sed differt haec species a prioribus: *habet enim servum, qui ei auferri non possit.* — §. 6. Promissor servi eum debet *hominem* solvere, *quem, si velit stipulator, possit ad libertatem perducere* Eben so lehrt auch Julian *L.* 33. *pr. D. eodem.* Qui *sibi, aut Titio* fundum dari stipulatus est, quamvis fundus Titio datus fuerit, *tamen si postea evictus est,* habet actionem: quemadmodum si *hominem* stipulatus esset, et promissor *statuliberum* Titio dedisset, isque ad libertatem pervenisset. War es denn also eine ausgemachte Wahrheit, daß auch bey einem genus promissum die Befreiung der Sache von Rechten Anderer zur Wirksamkeit der Zahlung gehört, so wäre es ja wohl ein

67) S. §. 1106. Not. 2. S. 33. f.

sonderbarer Einfall gewesen, wenn Pomponius *L.* 46. *D. de legat. I.* erst den Grund von Vermächtnissen hätte hernehmen wollen, um zu beweisen, daß es auch bey einem Versprechen so sey. Freylich eine seltsame Grille, wenn es wahr wäre, was Thibaut meint, Pomponius rede von Stipulationen, welche auch bey onerösen Geschäften Statt finden können. Sicher dachte aber Pomponius in der angeführten Stelle an ein oneroses Versprechen auch nicht entfernt. Man wird sich davon sogleich überzeugen, wenn man diese Stelle nur im Zusammenhange betrachtet. Vorher *L.* 45. §. 2. *D, eod.* hatte dieser römische Jurist gesagt: Si *certus homo* legatus est, *talis dari debet, qualis est.* Hier stehe also der Erbe auch im Evictionsfalle für nichts. Nun heißt es *L.* 46. *eodem:* Quae *de legato* dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, *qui vel Stichum* (also eine species), *vel hominem* (also ein genus) *dari promiserit.* Es fällt demnach bey einer species promissa eben so, wie bey dem legato speciei, die Evictionsleistung weg. Wie kann das von einem onerosen Versprechen zu verstehen seyn? würde sich nicht Pomponius selbst widersprochen haben, welcher *L.* 20. *D. de solutionib.* lehrt: Si *rem meam*, quae pignoris nomine alii esset obligata, debitam tibi solvero, non liberabor: *quia avocari tibi res possit ab eo, qui pignori accepisset.* Soll also Pomponius sich nicht selbst widersprechen, so kann man ihn von keinem andern Vertrage verstehen, als von einer Schenkung, und dann ist auch der Schluß vom Legat auf die Schenkung sehr natürlich. Denn daß in solchen Fällen, wo es auf die Gültigkeit und Wirksamkeit des Geschäfts ankommt, die Parallele zwischen Legat und Schenkung allerdings tref-

fend sey, sagt uns ja selbst Justinian *L. 26. Cod. de legatis.* Illud, quod de legatis, vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus: sancientes etiam talem legatorum, vel fideicommissorum speciem valere, et firmitatem habere. *Cum enim iam constitutum sit, fieri posse temporales donationes et contractus: consequens est, etiam legata, et fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari.*

Prüft man nun aber dagegen die für die entgegengesetzte Meinung, als ganz entscheidende, angeführten Gesetzstellen, so dürfte wohl schwerlich nur eine darunter zu finden seyn, welche die für die Kochische Meinung angeführten zu überwiegen vermöchte. Sie setzen zwar den Satz ausser Zweifel, daß der Schenker einer species, als solcher, keine Eviction leiste, woran auch Niemand zweifelt, aber daß auch dem donator generis, als solchen, diese Pflicht nicht obliege, sagt nicht eine einzige. Es konnte dieses auch in keiner einzigen gesagt werden, wenn die Gesetzgebung nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen sollte. Denn ist eine Sache in genere geschenkt worden, so versteht es sich ja schon von selbst, daß diejenige Sache, welche dem Beschenkten gegeben wird, eine solche seyn müsse, welche keinen fremden Ansprüchen unterworfen seyn dürfe, weil man ja sonst sein Versprechen noch nicht erfüllt hat. Ist aber eine gewisse und bestimmte Sache geschenkt worden, so hat man sein Versprechen durch deren Uebergabe erfüllt. Es kann also auch von einer Verbindlichkeit zur Evictionsleistung, wenn nur sonst der Schenker in bona fide ist, nicht die Rede

seyn. Ipsa iuris ratio schließt hier, wie es in der von Thibaut angeführten Stelle aus des Paulus *Sententiae Receptae* heißt, den Donatar von der Evictionsklage aus. Hieraus erklärt sich denn auch, wenn Paulus sagt, der Schenker sey nicht schuldig, wegen der evictio rei donatae Caution zu leisten. Denn zu Etwas mehreren, als zur Uebergabe der Sache, ist er nicht verbunden. Zum offenbaren Beweise, daß hier von einer donatio speciei die Rede sey. Denn bey der donatio eines genus müßte der Schenker allerdings Caution leisten, so wie der Erbe sie bey dem legatum generis leisten muß, weil hier der Donator dem Donatar dafür stehen muß, daß er die ihm übergebene Sache behalten kann, wie Pomponius *L.* 44. §. 1. *D. de legatis I.* lehrt. Ueberhaupt aber kann doch wohl ein Fragment, was kein Theil der Justinianeischen Gesetzsammlung geworden ist, nicht für einen entscheidenden Beweis gelten?

Daß ferner die *L.* 18. §. 3. *D. de donat.* von einer donatio speciei zu verstehen sey, ist ausser Zweifel. Schon das Wort *donare*, welches Ulpian gebraucht hat, deutet darauf hin. Denn dieser Ausdruck bezeichnet in seiner eigentlichen Bedeutung immer das wirkliche Weggeben einer Sache, in der Absicht, dadurch eine Freygebigkeit gegen den Andern auszuüben. *Donatio* enim dicta est a dono, quasi dono datum, sagt Paulus *L.* 35. §. 1. *D. de mortis causa donat.* Und Julian lehrt *L.* 1. *pr. D. de donat.* nur das werde eine *donatio* im eigentlichen Sinn genennt, *cum dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat.* Wollen die Römischen Rechtsge-

lehrten das Versprechen oder den Vertrag, Jemanden Etwas umsonst überlassen zu wollen, recht eigentlich bezeichnen, so brauchen sie nicht leicht den Ausdruck *donare*, sondern sie sagen: *donationis causa promittere, ex causa donationis stipulanti spondere*, u. dgl. *L. 22. L. 33. D. de donat. L. 30. D. de re iud.* Daß aber Ulpian von einer solchen donatio wirklich zu verstehen sey, welche mit dem Weggeben der Sache ihren Anfang nimmt, sieht man auch aus den vorhergehenden Worten der L. 18. wo von lauter solchen Schenkungen die Rede ist. So heißt es §. 1. *Si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas*, ferner §. 2. *Si donationis causa in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur.* Nun heißt es §. 3. Labeo ait, *si quis mihi rem alienam donaverit*, warum sollte hier nicht von einem gleichen Falle die Rede seyn, da dieses der Ausdruck *donare* mit sich bringt? Ist also hier von einer solchen donatio proprie dicta die Rede, wie sie Julian *L. 1. pr. D. de donat.* definirt, so liegt es ja auf platter Hand, daß die *L. 18. §. 3. D. de donat.* nur von der Schenkung einer Species zu verstehen sey, mithin durchaus keinen entscheidenden Beweisgrund gegen die Kochische Meinung gebe.

So läßt sich denn nun auch erklären, warum der Schenker dem Donatar auch nicht einmal die Kosten ersetzen darf, welche letzter auf die Sache verwendet hat. Denn er schenkte ihm die Sache in dem guten Glauben, sie gehöre ihm zu, also mit dem Recht, mit welchem er sie selbst besaß, und machte sich zu weiter nichts verbindlich. Hat aber der Beschenkte durch seinen Kostenaufwand die Sache von ihrem Untergange befreiet, oder

sonst verbessert, so kann er ja, exceptione doli posita, wie Papinian *L.* 48. *D. de rei vindicat.* sagt, von dem evincirenden Eigenthümer dessen Ersatz fordern, und er muß ihm officio iudicis zuerkannt werden. Es ist demnach ganz unbegreiflich, wie aus dieser Stelle des Papinian ein, und noch dazu, wie Thibaut sagt, bisher übersehener Beweis, gegen die Kochische Meinung habe hergenommen werden können.

Eben so wenig entscheidend ist ferner die *L.* 131. §. 1. *D. de verbor. obligat.* Es hatte sich Jemand versprechen lassen, daß ihm oder dem Titius ein Grundstück gegeben werden solle. Nach dem römischen Recht hatte durch diese Stipulation zwar Titius kein Forderungsrecht erworben [68]); allein der Promissor konnte ihm dennoch den fundus tradiren [69]); auch wider den Willen des Stipulators [70]); und es war dann eben so gut, als ob er ihn dem Stipulator selbst tradirt hätte [71]). Dem Titius war nun das Grundstück wirklich übergeben worden. Konnte jetzt der Stipulator noch wegen der Eviction von dem Promissor Sicherheitsleistung verlangen? Dieses ist die Frage, welche hier Scävola entscheidet. Daß der Promissor, wenn der Fundus nachher war evincirt worden, in Anspruch genommen werden konnte, hatte keinen Zweifel. Julian lehrt dieses ganz bestimmt. *L.* 33. *pr. D. de solut.* Denn der Promissor hatte in

68) *L.* 10. *D. de Solution.*

69) *L.* 55. *L.* 56. §. 2. *L.* 141. §. 3. *D. de Verbor. obligat.*

70) §. 4. *I. de inutil. stipulat.* *L.* 12. §. 3. *D. de Solution.* *L.* 106. *D. eodem.*

71) *L.* 59. *D. de Solut.*

diesem Falle sein Versprechen nicht gehörig erfüllt [72]). Es konnte also auch keinem Zweifel unterworfen seyn, daß der Stipulator, der erfolgten Tradition ungeachtet, auf den Fall einer Eviction Cautionsleistung verlangen konnte. Weil aber doch in der Stipulation selbst nichts davon enthalten war; so mußte der Stipulator auf den Fundus selbst klagen, damit ihm dann die verlangte Caution officio iudicis geleistet werde [73]). Dem Titius, welchem das Grundstück war tradirt worden, konnte deshalb keine Klage zustehen. Denn nur der Stipulator war dabey interessirt, weil der adjectus stipulationi nur als ein Bevollmächtigter des Stipulators angesehen wurde, welcher das Empfangene dem Stipulator wieder herausgeben mußte, und deshalb mit der actio mandati belangt werden konnte [74]). Dieses Interesse fällt jedoch alsdann weg, wenn es des Stipulators Absicht war, dem adjectus stipulationi mit der Sache ein Geschenk zu machen. Hier sagt Scävola, der Promissor werde durch die Uebergabe von seiner Verbindlichkeit befreiet, das heißt also, der Stipulator könne wegen der Entwährung keine weitere Sicherheit von dem Promissor verlangen, weil er

72) *L.* 20. *L.* 46. *pr. et* §. 1. *D. de Solut.*

73) *L.* 27. *D. eodem.* Ulp. *lib.* 28. *ad Edict.* Etiam circa stipulationem, et ex testamento actionem, si res tradita fuerit, quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est, utputa *possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si ius quoddam cautionis supererit.* Man sehe auch *L.* 71. §. 1. *D. de Legatis I.*

74) §. 4. *I. de inutil. stipulat.* *L.* 98. §. 5. *in fin. D. de Solut.*

wegen der mit dem Fundus gemachten Schenkung kein weiteres Interesse dabey habe. Nun wäre aber immer noch die Frage, ob nicht der beschenkte adjectus, der hier genannte Titius, gegen den Promissor klagen könne, weil nun ihm selbst daran gelegen ist, daß er den ihm geschenkten Fundus behalte? Johann Altamiranus [75]) behauptet auch dieses wirklich; ich kann ihm aber hierin darum nicht beypflichten, weil ja Scävola ganz bestimmt sagt: traditione reum *protinus* (sofort, oder fernerhin) *liberari*. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so steht doch diese Entscheidung der Kochischen Meinung nicht entgegen, vielmehr mit derselben in dem vollkommensten Einklange. Denn nicht der Promissor, sondern der Stipulator ist hier der Schenker. Videtur enim, sagt Altamiranus, res stipulatori soluta, et ab eo donationis causa in Titium translata. Gesetzt nun, dieser Fundus wird dem Titius nachher evincirt, so kann er von dem Schenker keine Evictionsleistung fordern. Denn hier ist ja von keiner donatio generis die Rede, sondern von der Schenkung eines Fundus, und zwar von einer solchen Schenkung, die erst mit der Uebergabe ihren Anfang nahm. Denn nicht mit dem Titius, sondern mit dem Promissor war stipulirt worden. Es tritt also hier die Entscheidung der *L.* 18. §. 3. *D. de donat.*

75) Tract. XIII. in Librum XIII. Quaestionum JCti Scaevolae ad L. 131. §. 1. D. de Verb. Obligat. §. 9. (in Meerman. *Thes. iur. civ. et can.* Tom. II. pag. 532.) Er sagt, es müßte ihm nur der Stipulator seine Klage cediren. *L.* 59 *D. de evict.* Allein dieses Gesetz redet von einem ganz andern Falle. S. Westphal vom Kauf. §. 311.

ein[76]), und es ist ebenfalls unbegreiflich, wie man in jenem Pandecten-Fragment einen bisher noch nicht benutzten directen ganz entscheidenden Beweisgrund für die entgegengesetzte Meinung hat finden mögen.

Noch einen eben so direct entscheidenden Grund soll auch die *L. 2. C. de evict.* enthalten. Allein darin steht doch auch in der That nicht mehr, als dieß, der Beschenkte könne gegen die Erben des Schenkers wegen der Entwährung klagen, weil der Donator ihm bey der Schenkung deshalb Caution geleistet hat. Er könne aber nur ex causa stipulationis klagen, weil ein pactum nudum keine Klage wirke. Da nun die Worte: *cum praedia tibi donaret*, offenbar auf eine donatio speciei hindeuten, so kann auch dieser Grund weder für die entgegengesetzte Meinung, noch gegen die Kochische Meinung etwas beweisen.

Ob die analogischen Gründe entscheidender sind, wird sich gleich näher zeigen. Der eine Grund wird daher genommen, daß der Schenker wegen der heimlichen Fehler der Sache nicht in Anspruch genommen werden könne. Allein die Unrichtigkeit dieses Schlußes leuchtet in die Augen. Denn bey dem Vermächtniß einer Sache aus einer ganzen Gattung haftet der Erbe zwar wegen Entwährung unbedingt[77]), wegen der Mängel aber, insofern sie keine Ansprüche eines Dritten veranlassen, ist er nicht verantwortlich, ausser wenn er darum wußte[78]). Wie kann

76) S. auch GIPHANII Lectur. Altorphin. pag. 978. f.

77) *L. 58 D. h. t. L. 29. §. 3. D. de legat. III.*

78) *L. 45. §. 1.* und *L. 110. D. de legat. I.* S. Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 807 u. 808. und Hufelands Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1046.

also von Mängeln auf Entwährung geschlossen werden? Ueberdem sagt auch die *L. 62. D. de aedilitio Edicto* nur, das Edict der Aedilen gehe nicht auf geschenkte Sachen. Denn der Schenker gab sie, wie er sie besaß. Eben so wenig steht auch der Erbe für die Mängel einer vermachten Species. Denn er giebt sie dem Legatar, wie sie ist [79]). Folgt denn aber daraus, daß auch bey der Schenkung einer Sache aus einer ganzen Gattung keine Eviction geleistet werden dürfe? Gewiß eben so wenig, als der Schluß gelten würde, daß auch beym legato generis keine Evictionsleistung Statt finde, weil der Erbe für keine Mängel steht.

Ein anderer analogischer Grund wird daher genommen, daß das Röm. Recht indelicate Forderungen nicht gestattet habe. Man habe also auch den Schenker durchaus von Evictions-Pflichten freysprechen müssen, weil sie mit der Pflicht der Dankbarkeit im Widerspruch stehen würden. Allein man darf auch hierin die Delicatesse nicht zu weit treiben. Hat der Schenker mit der Uebergabe der Sache seiner Verbindlichkeit ein Genüge gethan, so steht er weder für Mängel noch für Entwährung, wenn auch der Beschenkte noch so viel Kosten auf die Sache verwendet haben sollte [80]). Denn seine Freygebigkeit darf ihm nicht zum Nachtheil gereichen. Daher ist es auch der Pflicht der Dankbarkeit gemäß, daß man ihm das beneficium competentiae gestatte, wenn er selbst Schulden hat, und seine Vermögensumstände es nicht erlauben, die Schenkung ganz zu erfüllen [81]). Eben deswegen wird

79) *L. 45. §. 2. L. 56. D. de legat. I.*

80) *L. 62. D. de aed. Ed. L. 18. §. ult. D. de donat.*

81) *L. 19. §. 1. L. 30. D. de re iud.*

es auch für höchst billig gehalten, ihn von den Zinsen des Verzugs frenzusprechen [82]). Allein ist deswegen auch der Schenker gegen die Ansprüche des Donatars zu schützen, wenn er durch die Uebergabe der Sache seinem Versprechen noch kein rechtliches Genüge geleistet hat? Dieß ist ja aber der Fall, wenn der Schenker bey einer donatio generis eine Sache tradirte, welche dem Beschenkten evincirt worden ist: *quia non videtur dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis*, wie Labeo sagt *L.* 29. §. 3. *D. de legat. III.* Wollte man hier dem Beschenkten die Klage versagen, so würde das eben so viel seyn, als die Klage auf Erfüllung der Schenkung für unstatthaft erklären.

Am aller wenigsten aber beweißt der letzte Grund, welcher daher genommen wird, daß der Schenker nur den Dolus prästire; wenn daraus der Schluß gemacht wird, daß er für das Versehen der Auswahl einer fremden Sache nicht einzustehen verbunden sey. Denn es handelt sich hier nicht um die Entschädigungsverbindlichkeit wegen eines begangenen Versehens, sondern um die Gültigkeit der Erfüllung, auf welche so wenig das Daseyn als die Abwesenheit einer Culpa Einfluß hat.

Das Resultat ist also, daß die Kochische Meinung durch die dagegen vorgebrachten Gründe, an ihren Grundfesten, wie Schweppe sich sehr richtig ausdruckt, gar nichts verloren hat. Ich bemerke nur nach dieß Einzige, daß die Evictionsleistung, zu welcher derjenige verpflichtet ist, der ein genus geschenkt, und bey der Erfüllung eine fremde Sache gegeben hat, der Natur der Sache nach nur darin bestehen könne, daß er dem Beschenkten ein anderes

82) *L.* 22. *D. de donat.*

zu der versprochenen Gattung gehöriges Individuum übergebe. Denn die erste Uebergabe war als nicht geschehen, anzusehen [83]).

Bey einer donatio sub modo ist die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung weniger Zweifel unterworfen. Denn eine solche donatio ist im Grunde ein titulus onerosus, und als ein ungenannter Contract anzusehen [84]).

§. 1120.

Fälle, wo keine wahre Entwährung geschehen ist.

Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung fällt ferner weg, wenn keine wahre Entwährung erfolgt ist. Dahin gehört

1) wenn die Sache vor der wirklichen Entwährung durch Zufall verloren gieng; ob noch vor, oder erst nach der Litiscontestation, ist gleichgültig [85]), denn die Gesetze unterscheiden nicht, wenn es nur noch vor der Execution war.

L. 21. pr. D. de evict. ULPIANUS *libro XXIX. ad Sabinum.* Si servus venditus decesserit, ante-

83) *L. 110. D. de legat. I.* S. Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen u. Fideicommissen. §. 808.

84) *L. 1. Cod. de donat. quae sub modo.* *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 499. *Christfr.* WAECHTLER in Recitat. ad h. Tit. Prolegom. §. 26. *Opusc.* pag. 11. *Nic. Christ.* L. B. *de* LYNCKER Diss. de evictionibus praestandis. §. 16. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 207. uot. 2.

85) Anderer Meinung ist zwar *Em.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio. Lib. I. c. 31. Allein man sehe Westphal vom Kauf. §. 261.

quam evincatur, stipulatio non committitur: *quia nemo eum evincat*[86]), *sed factum humanae sortis*[87]): de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit.

§. 1. eiusd. L. Inde JULIANUS libro quadragesimo tertio eleganter definit, duplae stipulationem tunc committi, *quotiens res ita amittitur, ut eam emtori habere non liceat propter ipsam evictionem.*

L. 26. Cod. h. t. Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. et CC. *Neoni.* Si quis tibi servum vendidit, postquam is rebus humanis exemtus est; *cum evictionis periculum finitum sit,* a te conveniri non potest.

Ob nun gleich dem Käufer in diesen Gesetzen die Evictionsklage abgesprochen wird, weil er seinen Schaden mehr dem Zufall, als einer Entwährung zuzuschreiben hat, so wird doch in dem Falle eine Ausnahme gemacht, wenn sich der Verkäufer eines Dolus schuldig gemacht hat. Hier wird dem Käufer die actio doli gestattet. Dieß ist der Fall, wenn der Verkäufer wissentlich eine

86) *Evincat* hat auch Cod. Erlang. Allein zwey alte Codd. membran. Dig. vet. welche die Bamberger Kapitelsbibliothek besitzt, davon der erste mit Nr. 11. D. der andere mit Nr. 20. D. bezeichnet ist, und von welchen mein verehrtester Kollege, Hr Hofr. BUCHER in der Vorrede zu seinem *Ulpianus* nähere Nachricht giebt, lesen *evincit.*

87) So liest auch unser Cod. Erl. Allein die angeführten beyden Bamberger Codices haben: sed *fatum* humanae sortis, welche Leseart wohl unstreitig richtiger ist. Eben so lesen auch Haloander, Baudoza und Hugo a Porta (*Lugd.* 1572. f.)

ihm gar nicht zugehörig gewesene Sache verkauft hat, so daß der Mangel des Verkäufers an allem Rechte an der Sache ganz offenbar ist [88]).

2) Wenn der Besitzer an den Verlust der Sache selbst schuld ist. Dahin gehört

a) wenn er den Proceß nicht gehörig ausgeführt, sondern liegen gelassen hat, und darum gegen ihn erkannt worden ist.

L. 55. pr. D. de evict. Ulpianus *libro II. ad Edict. aedilium curul.* Si ideo contra emtorem iudicatum est, quod defuit: non committitur stipulatio: magis enim propter absentiam victus videtur [89]), quam quod malam causam habuit.

Dahin gehört auch, wenn er gegen ein bereits ungünstig ausgefallenes Erkenntniß Appellation einzuwenden unterließ, wofern noch in der höhern Instanz ein reformatorisches Erkenntniß zu hoffen war, oder wenn er bey Einwendung eines Rechtsmittels die dabey vorgeschriebenen Nothfristen durch seine Schuld verabsäumte. Nur dann schadet ihm diese Unterlassung nicht, wenn der Auctor den Prozeß mitführte, weil dieser alsdann selbst hätte appelliren, oder die Appellation fortsetzen können [90]).

L. 63. §. 1. D. h. t. Modestinus *libro V. Responsorum.* Caia Seia fundum a Lucio Titio eme-

88) Westphal vom Kauf. §. 261.

89) Statt *victus* lesen Cod. Erl. und die beyden oben genannten Bamberger Codd. *evictus.*

90) *Frid. Es. a* Puffendorf Observat. iur. univ. T. II. Obs. 35. §. 18. Westphal vom Kauf. §. 299.

rat, et quaestione mota fisci nomine, auctorem laudaverat, et evictione secuta fundus ablatus, et fisco adjudicatus est, *venditore praesente.* Quaeritur, cum emtrix non provocaverat, an venditorem poterit convenire? Herennius Modestinus respondit, sive quod alienus fuit, cum veniret, sive quod tunc obligatus, evictus est, nihil proponi, cur emtrici adversus venditorem actio non competat.

L. 63. §. 2. *eodem.* Herennius Modestinus respondit, si emtor appellavit, et bonam causam vitio suo ex praescriptione [91]) perdidit, ad auctorem reverti non potest.

b) Wenn er den Besitz aus den Händen ließ, und nun genöthiget wurde Kläger zu werden, statt daß er, als Besitzer, die Sache hätte retiniren können, und auf solche Art den Prozeß verlohr; oder wenn er den Besitz zwar rechtlich verlohr, aber doch solchen leicht hätte wieder erhalten können, wenn er die ihm von seinem Auctor angewiesene Klage gebraucht hätte, statt deren aber eine andere wählte, und mit derselben den Prozeß verlohr.

L. 29. §. 1. *D. de Evict.* Pomponius *libro XI ad Sabinum.* Si duplae stipulator, ex possessore petitor factus et victus sit, quam rem, si possideret, retinere potuerit, peti autem utiliter non poterit [92]), vel ipso iure promissor duplae tutus erit,

91) *Praescriptio* erklärt Westphal vom Kauf. §. 282. durch Ablauf der Nothfristen.

92) Cod. Erl. lieset hier: *petere* autem utiliter non potuerit. Allein die beyden oben genannten Bamberger Co-

vel certe doli mali exceptione se tueri poterit: sed ita, si culpa, vel sponte, duplae stipulatoris possessio amissa fuerit [93]).

L. 66. *pr. D. eodem.* PAPINIANUS *libro XXVIII. Quaestionum.* Si, cum venditor admonuisset emptorem, ut *Publiciana* potius, vel ea actione, quae de fundo vectigali proposita est, experiretur, emptor id facere supersedit [94]), omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committitur stipulatio. Non idem in Serviana quoque actione probari potest: haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat, et, soluta pecunia vendi-

dices stimmen mit der florentinischen Leseart überein, die sich auch, wie DUCKER not 90. der Göttinger Ausgabe gezeigt hat, sehr gut erklären läßt.

93) Es sind also hier die Fälle auszunehmen, wo der Käufer rechtlicher Art nach den Besitz hergeben und Kläger werden müssen. Z. E. wenn dem Käufer der Besitz in possessorio iudicio ist abgesprochen worden. S. Westphal vom Kauf. §. 277.

94) Der Käufer hatte gegen den Rath des Verkäufers die Reivindication angestellt, und wegen der Schwierigkeiten des Beweises den Prozeß verlohren. *L.* 23. *pr. D. de Rei vind.* oder er hätte, nachdem er mit der Reivindication abgewiesen worden, noch mit der actio Publiciana die Sache wieder erhalten können, wenn er der Anweisung des Verkäufers gefolgt hätte. *L.* 39. §. 1. *D. de Evict.* S. CUJACIUS in Lib. XXVIII. Quaestion. Papiniani ad L. 66 pr. D. h. t. *Oper. postum.* Tom. I. pag. 721 und FRANTZKIUS Commentar. ad Pand. h. t. nr. 754.

tori, dissolvitur [95]): unde fit, ut emtori suo nomine non competat [96]).

c) Wenn der Käufer die Sache demjenigen, der ihm dieselbe streitig machte, sogleich hingab, ohne es auf den Prozeß und richterliche Entscheidung ankommen zu lassen [97]).

L. 17. *C. h. t.* Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. *Mutiano.* Si cum quaestio tibi super eo, quem comparaveras, moveretur, auctorem tuum certum fecisti, *nec citra iudicis disceptationem eum, quem emeras, tradidisti:* Praeses provinciae in damnis, quae te tolerasse meministi, medelam iuris adhibebit.

d) Wenn der Käufer ein Compromiß eingieng, und der schiedsrichterliche Ausspruch gegen ihn ausgefallen ist. Denn dazu trieb ihn keine Noth.

95) Cod. Erlang. hat dissolvitur *pignus*. Eben so ein Cod. Bamberg. welcher mit Nr. 1. bezeichnet ist, und wovon Hr. Hofr. Bucher in der Vorrede zu seinem Ulpian nähere Nachricht giebt.

96) Hatte der Verkäufer an der verkauften Sache gar kein Eigenthum, sondern ein bloßes Pfandrecht; so brauchte sich der Käufer nicht darauf einzulassen, wenn ihm der Verkäufer die hypothekarische Klage anweisen wollte. Denn mit dieser Klage ist dem Käufer nicht gedient, weil sie ihm keinen dauerhaften Besitz gewährt. Bezahlt der Schuldner, so erlischt das Pfandrecht. Die Bezahlung kann aber nur dem Gläubiger geschehen. Dieß ist der Verkäufer. Der Käufer kann daher nicht einmal die hypothekarische Klage für sich anstellen. S. WAECHTLER Comm. ad L. 66. h. t. und CUJACIUS a. a. O.

97) FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 756—761.

L. 56. §. 1. *D. h. t.* PAULUS *libro II. ad Edictum Aedilium curulium.* Si compromisero, et contra me data fuerit sententia, nulla mihi actio de evictione danda est adversus venditorem [98]): nulla enim necessitate cogente id feci [99]).

e) Wenn er dem Recht des Dritten durch Usucapion ein Ende machen konnte, allein eine Unterbrechung derselben verschuldete, und hierdurch eine Entwährung erlitte, die ohne diese Unachtsamkeit nicht erfolgt wäre.

L. 56. §. 3 *D. eodem.* IDEM. Si, cum possit [100]) usucapere emtor, non cepit [1]), culpa sua hoc fecisse videtur [2]): unde, si evictus est servus, non tenetur venditor.

f) Wenn er die Sache noch vor der Eviction derelinquirte.

98) Die beyden oben genannten Bambergischen Codd. Nr. 11. et Nr. 20. haben hier übereinstimmend eine sonderbare Leseart. Sie lesen: *Sine sententia* nulla mihi actio de evictione danda est. etc.

99) Ein Anders ist, wenn der Verkäufer darein gewilligt hatte. Auf jeden Fall wird aber auch vorausgesetzt, daß kein Dolus den schiedsrichterlichen Ausspruch vernichte. S. WAECHTLER Comm. ad h. L. pag. 120. sq.

100) Cod. Erl. hat *potuit.* Die beyden vorhin genannten Codd. Bamberg. aber haben *posset.*

1) *Cod. Erlang.* und die beyden Bamberg. Codd. lesen non *usucepit.*

2) Z. B. der gekaufte Sklave war durch des Käufers Unachtsamkeit entflohen, und ein Dritter hatte ihn in Besitz genommen. Wurde er auch nachher dem Käufer wieder restituirt, so war doch dadurch der Besitz unterbrochen. *L.* 1. §. 14 *D. de acquir. vel amitt. possess.*

L. 76. D. h. t. VENULEIUS *libro XVII. Stipulationum.* Si alienam rem mihi tradideris, et eandem *pro derelicto* habuero, amitti *auctoritatem*, id est, actionem pro evictione placet.

3) Wenn der Erwerber aus dem Besitz der auf ihn übertragenen Sache ohne Urtheil und Recht durch Gewaltthätigkeit eines Dritten vertrieben, oder durch eine ungerechte Handlung des Richters gesetzt wurde.

L. 17. C. de act. emti. Impp. DIOCLETIANUS et MAXIM. AA. *Hermiano* et *Lupo.* Expulsos vos de fundo per violentiam a Nerone, quem habere ius in eo negatis, profitentes, nullam vobis adversus eum, ex cuius venditione fundum possidetis, actionem competere probatis. Igitur ad instar interdicti, seu actionis permissae experiendum esse perspicitis.

L. 51. pr. D. de evict. ULPIANUS *libro LXXX. ad Edictum.* Si per imprudentiam iudicis, aut errorem; emtor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere: aut quid refert, sordibus iudicis, an stultitia res perierit? iniuria enim, quae fit emtori, auctorem non debet contingere.

Auf gleiche Weise sagt auch Paulus *lib. 3. ad Neratium L. 67. D. de fideiuss.* Injuriam, quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri, aequius est.

Hierher gehört ferner, wenn die Sache dem Käufer von der höchsten Staatsgewalt weggenommen wird. Dieß ist ein Unglücksfall, wofür der Auctor nicht haften darf, sondern welcher den Besitzer als Eigenthümer trifft.

L. 11. D. h. t. Paulus *libro VI. Responsor.* Lucius Titius praedia in Germania trans Rhenum emit, et partem pretii intulit: cum in residuam quantitatem heres emtoris conveniretur, quaestionem retulit, dicens has possessiones ex praecepto Principali partim distractas, partim veteranis in praemia adsignatas. Quaero[3]), an huius rei periculum ad venditorem pertinere possit? Paulus respondit, *futuros casus*[4]) *evictionis post contractam emtionem ad venditorem non pertinere:* et ideo secundum ea, quae proponuntur, pretium praediorum peti posse.

3) Man bezieht diese Stelle auf die Zeiten des Antoninus Pius oder Caracalla. Beyde hatten die Teutschen jenseits des Rheins besiegt. Pausanias in *Arcad* p. 273. Spartianus *in vita Carac.* Cap. 5. et 10. Hierauf bezieht sich auch, was Ulpianus *L.* 15. §. 2. *D. de Rei vind.* sagt. Solche Ländereyen, die man feindlichen Unterthanen wegnahm, veräusserte der siegende Staat, oder sie wurden den Veteranen zur Belohnung überlassen. Lampridius *in vita Alexandri.* Cap. 58. S. *Ev.* Otto de Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. I. pag. 9. Zuweilen wurden sie auch den vorigen Besitzern wieder restituirt, wie Cujacius Observation. Lib. II. cap. 9. aus einer Stelle des *Siculus Flaccus* de conditione agrorum erwiesen hat.

4) Die *Basilica* Tom. II. Lib. XIX. Tit. 11. Const. IV. haben fortuiti casus: *ἁι γὰρ μετὰ τὴν πρᾶσιν συμβαίνουσαι τῆς ἐκνικήσεως τυχηραὶ ἀιτίαι, πρὸς τὸν πράτην ὀυ φέρονται.* Diese Leseart hält auch *I. H.* Boehmer in Diss. de usu et commodis pacti de praestanda evictione in causis privatis et publicis. *Halae* 1736. Cap. II. §. 4. für richtiger, und der Sache angemessener.

Es muß nur aber freylich dieses Verfahren gegen den Käufer nicht etwa einen Grund haben, der in der Person des Verkäufers und in einem besondern Haß gegen ihn liegt [5]). Denn dieß wird dann billig einer Culpa des Verkäufers zugeschrieben [6]).

Aus allem geht nun also soviel hervor, daß wenn die Entwährung aus einer Ursache erfolgte, welche blos die Person des Käufers angeht, der Regreß gegen den Verkäufer wegfällt. Schreibt sich hingegen die Ursach der Entwährung aus der Zeit des Besitzes des Auctors her, so ist er verantwortlich. Trifft die Ursache beyde, so kommt es darauf an, aus welcher der Richter gegen den Beklagten erkannte, darnach ist dann zu beurtheilen, ob ein Regreß Statt findet, oder nicht. Dieses bestätigen noch folgende Gesetzstellen.

L. 27. D. h. t. Pomponius *Lib. XI. ad Sabinum.* Hoc iure utimur, ut exceptiones *ex persona emtotis* obiectae si obstant, venditor ei non teneatur: si vero *ad personam venditoris* respicient, contra: certe nec ex emto, nec ex stipulatione duplae, nec simplae, actio competit emtori, *si exceptio ei, ex facto ipsius opposita, obstiterit.*

L. 28. D. eodem. Ulpianus *libro LXXX. ad Edictum.* Sed si *ex utriusque persona*, et auctoris et emtoris, exceptiones obiicientur, intererit, pro-

5) Mevius Tom. II. P. VI. Decis. 34. not. b. und *Dionys.* Gothofredus Not. ad L. 31. D. de act. emti et vend.

6) *L. 66. pr. D. Soluto matrim. L. 25. §. 4. Loc. cond.* S. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. *Non est.* in fin. T. II. Oper. pag. 466.

pter quam exceptionem iudex contra iudicaverit: et sic aut committetur, aut non committetur stipulatio.

4) Ist die Sache aus dem Grunde eines Retracts evincirt worden, so kommt es darauf an, ob der Retract ein solcher ist, der in den Landesgesetzen als gemeingültig sanctionirt ist, oder ob er in einer Privatbestimmung seinen Grund hat. Im ersten Falle ist er als eine gewöhnliche Eigenschaft der Sache anzusehen, für welche der Verkäufer eben so wenig haftet, als für eine öffentliche Abgabe, die gewöhnlich auf der Sache liegt, zumal da der Käufer wegen seines gehabten Kostenaufwands von dem Retrahenten entschädiget werden muß [7]). Eine Ausnahme findet nur in dem Falle Statt, wenn der Verkäufer dem Käufer versprochen hat, daß die Sache nicht retrahirt werden solle. Hier leidet es keinen Zweifel, daß der Käufer, wenn ihm dennoch die Sache aus dem Grunde des Näherrechts entwährt worden ist, von dem Verkäufer Evictionsleistung verlangen könne [8]). In diesem Falle wird dann aber auch erfordert, daß dem Verkäufer gehörig lis denunciirt werden muß, den ausser diesem Fall wäre die Litisdenunciation ganz überflüssig [9]). Der Grund, den

7) Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 2. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CXCIII. medit. 11. Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 10. und *Eiusd.* Consultat. et Decision. T. II. P. I. Decis. 81.

8) S. Carl Fried. Walchs Näherrecht. 1. Buch 4. Hauptst. §. 9. S. 243. 3. Aufl. Jena 1795 und *Io. Ern. Iust.* Müller *Observat.* pract. ad *Leyserum* T. II. Fasc. II. Obs. 402.

9) S. Walchs Sammlung neuer entschied. Näherrechtsfälle. Nr. LXVIII. S. 673.

Walch [10]) angiebt, daß ein Jeder die Sache einen Andern nur in so weit verkaufe, als ihm die Sache selbst zuständig ist, beweißt offenbar zuviel, denn nach diesem Grunde würde alle Evictionsleistung beym Kaufcontract ausgeschlossen seyn. In dem letztern Falle, da die Entwährung nicht vermöge eines gesetzlichen, sondern vermöge eines convenzionellen oder testamentarischen Retracts geschahe [11]), kann der Käufer allerdings Evictionsleistung verlangen [12]). Denn ein solcher Retract ist von der Art, daß ihn der Käufer nicht von selbst wissen und vermuthen konnte Für solche Lasten, die nicht gewöhnlich sind, ist der Verkäufer allemal verantwortlich [13]) Es kommt auch nicht darauf an, quo genere iudicii evincatur, ut mihi habere non liceat, wie Pomponius *L.* 34. §. 1. *D. h. t.* sagt. Zwar bekommt der Käufer den gehabten Kostenaufwand von dem Retrahenten ersetzt; allein nicht das Interesse für den Verlust der Sache, welches der Verkäufer dem Käufer im Evictionsfalle zu vergüten hat [14]).

§. 1121.

Verträge wegen der Evictionsleistung.

Durch Vertrag kann nicht nur eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung in den Fällen begründet werden, wo

10) Näherrecht a. a. O. S. 243.

11) S. den 16. Th. dieses Commentars. §. 991.

12) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2 in fin. und Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 37.

13) *L.* 13. § 6. *D de act. emti et vend.* L. 41. D. *de evict.* L. 9 *C. eodem.*

14) *L.* 8 L. 60. D. *h. t.* L. 70. *D. eodem.* L. 43. *in fin. D. de act. emti et vend.*

sie sonst nicht Statt finden würde, sondern auch das Recht, Evictionsleistung zu fordern, aufgehoben werden. Ersteres nennt man das *pactum de praestanda evictione*, letzteres das *pactum de non praestanda evictione*. Von beyden ist hier zu handeln [15]). Soviel nun

I) den Vertrag anbetrifft, wodurch sich Jemand zur Evictionsleistung verpflichtet, so kann dieser auch in solchen Fällen von Nutzen seyn, wo der Auctor schon nach der Natur des eingegangenen Geschäfts wegen der Entwährung zu haften verpflichtet ist [16]). Es kann nämlich zur Bestärkung dieser Verbindlichkeit Bürgschaft ausbedungen, oder Hypothek bestellt werden [17]). Ja der Erwerber kann in diesem Falle eine Cautionsleistung von Rechtswegen verlangen, und kann sich auf den Entwäh-

15) S. *Jo. Aug.* HELLFELD Diss. de pactis evictionis causa initis. *Jenae* 1757.

16) *Just. Henn.* BOEHMERI Diss. Usum et commoda pacti de praestanda evictione in causis privatis et publicis tract. *Halae* 1736.

17) *L.* 37. *et L.* 56. *D. de evict.* *L.* 188. §. 1. *D. de Verbor. Signif.* Diese letztere Stelle, welche so lautet: *Cautum* intelligitur, sive personis, sive *rebus* cautum sit, erklärt CUJACIUS in Comm. ad h. L. so: *Cavere* videri venditorem, sive personam suam obligaverit, id est, *repromiserit* ipse, sive *pignora obligaverit* auctoritatis et evictionis nomine. Daß Paulus hier von der Caution wegen der Entwährung rede, erhellet aus dem Eingange dieses Fragments, wo er den Ausdruck *habere* erklärt. Paulus handelte auch im 33. Buche ad Edictum vorzüglich vom Kaufcontract, wie aus des LABITTI index LL. Pand. in WIELING Iurisprud. restituta zu ersehen ist. S. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. P. I. Nr. V. not. b.

rungsfall das Duplum versprechen lassen. Dieß ist die *duplae stipulatio*, deren in der Ueberschrift dieses Titels gedacht wird, und von welcher Pomponius *L. 5. pr. D. de Verb. obligat.* sagt, venit ab iudice, aut *ab Aedilis Edicto.* Unter dem Worte dupla ist das Wort *quantitas* oder *aestimatio* zu verstehen, so daß also *stipulatio Duplae* soviel heißt, als stipulatio quantitatis duplae aestimationisve eius rei, quae distracta est [18]), oder eigentlich sipulatio dupli pretii, quanti res veniit, der doppelte Kaufpreis [19]). Zwar ist, wie Cajus *L. 6. D. de eviction.* lehrt, bey der Cautionsleistung pro evictione zunächst auf den Landesgebrauch zu sehen; insofern aber dieser nicht entgegen ist, kann der Erwerber von seinem Auctor die repromissio duplae verlangen, und er kann ihn mit der actio ex emto dazu nöthigen; sie kann denn auch in contumaciam, als wirklich geschehen, erkannt werden [20]).

L. 2. D. h. t. Paulus *lib. V. ad Sabinum.* Si dupla non promitteretur, et eo nomine agetur, *dupli condemnandus est reus.*

L. 11. §. 8. D. de act. emti et vend. Ulpianus *lib. XXXII ad Edictum.* Idem Neratius — ait, — *ex emto actionem* esse, *ut habere licere emtori caveatur.*

Daß wegen dieser Caution auch *ex Edicto Aedilium curulium*, ja im Verweigerungsfalle sogar ad redhiben-

18) S. *Hug.* Donellus ad h. Tit. Cap. 1.

19) *Franc.* Calletius Comm. ad h. Tit. Cod. in Praefat. nr. 4. (*Th. Meerm.* T. II. pag. 312.) und *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 470.

20) Westphal vom Kauf. §. 191. und §. 193.

dum geklagt werden kann, leidet keinen Zweifel [21]); und weil der Verkäufer, so lang er diese Caution nicht bestellt, seiner Verbindlichkeit aus dem Contract noch kein vollkommenes Genüge geleistet hat, so kann ihm der Käufer, wenn er etwa auf die Bezahlung des Kaufgeldes belangt werden sollte, mit Recht die exceptio non praestitae cautionis dupli, adeoque nondum adimpleti contractus entgegensetzen [22]).

Mehr als den doppelten Werth braucht jedoch der Verkäufer nicht zu garantiren, wie Africanus *libro VIII. Quaestionum* ausdrücklich sagt.

L. 44. D. eodem. Non *ultra duplum* periculum subire eum oportet [23]).

Von diesem Duplum wird dann auch Ulpian verstanden, wenn er *L. 11. §. 9. D. eodem* sagt: Satis autem non dantem, *quanti plurimum* auctorem periclitari oportet [24]).

Daß indessen die Stipulation auch über das Duplum hinausgehen könne, wenn die Partheyen darüber mit einander übereingekommen sind, lehrt folgende Gesetzstelle.

L. 56. pr D. de Evictione. Paulus *libro II. ad Edictum Aedilium curulium.* Si dictum fuerit ven-

21) *L. 28. D. de aedilit. Edicto.*

22) S. *Ge.* Frantzke Commentar. ad Pand. Lib. XXI. Tit. 1. nr. 19. und *Io. Christ* Mann Commentat. iur. civ. de obligatione auctorum intuitu evictionis imminentis. §. XII. in fin.

23) S. Cujacius Tract. VIII. ad Africanum h. L.

24) Pothier Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XIX. Tit. I. Nr. LIII. not. a. et b.

dendo, ut simpla promittatur, *vel triplum*, *aut quadruplum* promitteretur, ex emto perpetua actione agi poterit: non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisdare debet, qui duplam promittit: sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit.

Gerhard Noodt [25]) hält zwar die Leseart dieses Fragments für fehlerhaft Er glaubt nämlich, es müsse so gelesen werden: Si dictum fuerit vendendo, *ut simpla vel dupla promittatur.* Schon vor ihm hatte auch Hubert von Giffen [26]) denselben Einfall. Ja es fiel auch schon dem Cujaz [27]) auf, daß der dupla nicht gedacht sey. Er meinte daher, es müsse heißen: Si dictum fuerit in vendendo, *ut dupla promittatur, non simpla.* Ihm folgten Bachov [28]) und Franz Callet [29]). Es giebt auch Ausgaben der Pandecten, welche die Leseart haben: Si dictum fuerit in vendendo, ut simpla promittatur, *et duplum*, vel triplum aut quadruplum promitteretur, wie z. B. die Pariser Ausgabe des Chevalon vom J. 1527. 8. und die des Petrus ab Area Baudoza Cestius. Lyon 1593. 4. Allein die florentinische Leseart, mit welcher auch die Haloandrische, und unser Erlanger Pandecten-Codex überein-

25) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Sit Paulo fides.* *Oper.* T. II. pag. 469.

26) *Hub.* Giphanii Explanatio difficilior. et celebrior. LL. Cod. P. II. ad h. Tit. pag. 465.

27) Observat. Lib. XI. cap. 4.

28) Obs. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Th. V. Lit. B. Verb. *Recte autem.*

29) Commentar. ad h. tit. Cod. Praefat. nr. 6. T. II. *Th. Meerm.* pag. 312.

stimmt, verdient, mit Verwerfung aller jener Emendationen und Lesearten, unstreitig den Vorzug, wie besonders Justus Meier [30]) ausführlich gezeigt hat. Die Aedilen, über deren Edict hier Paulus commentirt, hatten ihrem Edict die Clausel eingerückt: *Item in hisce causis mancipium non esse, et habere licere, in duplum emtori, si postulabit, cavento.* So hat Noodt [31]) selbst die Worte dieser Clausel aus den Fragmenten der Pandecten wieder herzustellen gesucht. Schon nach dem Edict der Aedilen konnte also der Käufer wegen der Entwährung eine duplae stipulatio verlangen [32]). Nun konnte die Frage entstehen, ob denn die Contrahenten schlechterdings an diese stipulatio duplae gebunden wären, oder ob sie nicht auch mehr oder weniger ausbedingen könnten? Diese Frage zu bejahen, konnte nicht den mindesten Zweifel haben. Hermogenian schreibt daher *libro II. iuris Epitomarum*, woraus die *L.* 74. *D. h. t.* entlehnt ist: Si plus vel minus, quam pretii nomine datum est, evictione secuta dari convenerit, placitum custodiendum est. Es konnte nun aber auch gleich bey Schließung des Kaufs die Verabredung getroffen seyn, daß wegen der Entwährung eine Stipulation auf mehr oder weniger, als das Duplum des Kaufpreises, errichtet werden solle. Eine solche Verabredung galt dann, als ein pactum adjectum, weshalb, wie Paulus sagt, mit der actio ex emto auf Vollziehung der-

30) Ενδοξῶν Iustineaneor. s. Disputation. apologeticar. iur. civ. Decad. VII. Cap. 5. pag. 1023—1026.

31) Comm. ad Dig. Tit. de aedilit. Edicto pag. 450. et pag. 457. §. *Quarta.*

32) *L.* 37. §. 1. *D. h. t.* S. den §. 1106. S. 33. ff. dieses 20. Theils.

selben geklagt werden konnte; und diese war denn auch nicht an die kurze Dauer der actio aedilitia gebunden, sondern eine actio perpetua. Zwar konnte auch ohne eine solche Verabredung auf Cautionsleistung geklagt werden, so lang noch keine Entwährung erfolgt war; allein die Klage war hier keine actio perpetua, sondern in die kurze Dauer der actio aedilitia beschränkt [33]). Dann war es auch nur eine bloße repromissio dupli, weshalb nicht einmal Bürgschaft gefordert werden konnte. So erklärt sich die Stelle des Paulus von selbst, ohne alle Nothwendigkeit einer Änderung der Leseart. Noodt wendet zwar ein, unmäßige Stipulationen hätten die Alten von jeher gemißbilliget [34]). Wahrscheinlich wären aber diejenigen Stipulationen für unmäßig gehalten worden, welche das Doppelte überschritten hätten. Darum habe man auch die Sicherheitsleistung wegen der Entwährung eine stipulatio duplae genennt, und selbst der Richter habe nicht über das Duplum hinausgehen können [35]). Allein man unterscheide, was der Käufer von Rechtswegen von dem Verkäufer fordern kann, und was durch freywillige Uebereinkunft der Contrahenten bestimmt werden kann. Nur das Erstere ist an die Gränze des Doppelten gebunden, dem Letztern ist keine Gränze gesetzt. Hier soll, wie Hermogenian sagt, blos der Vertrag zur Entscheidungsnorm dienen. Daß aber durch Vertrag das Duplum überschritten werden konnte, lehrt nicht nur Paulus, sondern auch Ulpian *L. 5. D. de iure fisci*, wo er sagt: Si procurator Caesaris rem aliquam

33) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 3.

34) *L. 40. D. de damno infecto.*

35) *L. 43. §. ult. L. 44. D. de act. emti vend.*

venđiderit, *quamvis duplum, vel triplum pro evictione promiserit:* tamen fiscus simplum praestabit. Wäre es nicht ein Vorrecht des Fiscus, daß er nur für das Einfache stehe, wenn gleich derselbe ein Mehreres versprochen hat; so würde übrigens der Vertrag, der das Versprechen eines Doppelten oder Dreyfachen enthält, wohl nicht dem mindesten Zweifel unterliegen. Aber auch dieses Fragment für verfälscht zu halten, und mit Noodt die Worte *vel triplum* wegzustreichen, wäre doch in der That eine zu gewaltsame Crisis. Ulpian sagt es ja ganz bestimmt, die duplae repromissio sey nur die Regel, welche durch Vertrag abgeändert werden könne. Emtori duplam promitti a venditore oportet, *nisi aliud convenit,* so lehrt er *L.* 37. *pr. D. h. t.* welche aus dessen *libro XXXII. ad Edictum* genommen ist. Zwar führt uns von Giffen die Verordnung des K. Justinian [36]) zu Gemüthe, nach welcher es nicht erlaubt seyn soll, sich, statt des Interesse, mehr als das Doppelte des Werths versprechen zu lassen. Allein aus welcher Macht läßt sich denn ein Fragment des Paulus oder Ulpians aus einer Verordnung des Kaisers Justinian emendiren? und dann ist ja auch in der Verordnung selbst gar nicht von einer Stipulation die Rede, sondern von dem Falle, da, ohne einen besondern Vertrag, nach der Natur des Contracts das Interesse gefordert wird. Hier darf freylich der Kläger seinen Schaden nicht über das Doppelte des Werths der Sache anschlagen. Hiemit ist aber der Gültigkeit des Vertrags auf das Dreyfache oder Vierfache nichts benommen, wie ich

36) *L. un. Cod. de Sentent. quae pro eo, quod interest profer.*

schon an einem andern Orte [37]) gezeigt habe. Mit Recht geben daher auch Emund Merille [38]) und Joseph Finestres [39]) der florentinischen Leseart den Vorzug vor einer jeden andern. Der Grund, auf welchen Cujaz bauet, hat freylich vielen Schein. Er sagt, Paulus gedenke ja nachher der duplae promissio ausdrücklich, und sollte sie vorher nicht erwähnt haben? Allein man übersehe nur den ganz natürlichen Ideengang des Commentators nicht. Paulus hatte wohl ohne allen Zweifel vorher von der dupla gesprochen; sonst wäre er nicht auf die Frage gekommen, ob nicht bey Schließung des Contracts ein Anders, als die dupla, mehr oder weniger, ausbedungen werden könne? Nachdem er diese Frage bejahend entschieden hat, kommt er wieder auf die duplae promissio zurück, mit welcher es eine ganz andere Bewandniß hat, da sie, als die Regel, auch dann noch mit der actio ex emto gefordert werden kann, wenn auch bey Schließung des Kaufs davon keine Rede war. Denn die Aedilen hatten es in ihrem Edict befohlen, daß der Verkäufer dem Käufer, wenn dieser es verlangte, bis auf das Doppelte Caution leisten sollte, und zwar nicht blos der Mängel, sondern auch der Entwährung wegen, zwar freylich nur beym Sklavenhandel [40]); allein der gemeine Handel ließ es dabey nicht, sondern dehnte die cautio

37) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 340. Not. 3. S. 532.

38) Variantium ex Cujacio Lib. 3. Cap. 26.

39) In Hermogeniani ICti iuris Epitomar. Libros VI. Commentar. ad L. 74. D. de evict. §. 6. pag. 491.

40) *L. 37. §. 1. in fin. D. h. t.* Per Edictum Curulium *etiam de servo* cavere venditor iubetur.

duplae auch auf andere Sachen von gleichem Werthe aus, so daß man zuletzt nicht anders mehr wußte, als sie verstehe sich von selbst, und man könne, auch ohne ein vorhergegangenes Versprechen, mit der actio emti darauf klagen. Daher sagt Ulpian *libro I. ad Edictum Aedilium curulium*, woraus die *L.* 31. §. 20. *D. de aedilit. Edicto* genommen ist: Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam *ex emto* agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: *ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.* Es kam nur noch auf die Frage an, zu welcher Art der Caution der Verkäufer angehalten werden könne? Paulus verwirft hier die Meinung derjenigen, welche den Verkäufer für verpflichtet hielten, Caution durch Bürgen zu bestellen, wenn es nicht bey Schließung des Handels zur ausdrücklichen Bedingung sey gemacht worden. Schon die bloße Repromission genüge [41]. Ganz mit ihm stimmt Ulpian überein, welcher *L.* 37. *pr. D. h. t.* sagt: Emtori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: *non tamen ut satisdetur, nisi specialiter id actum proponatur; sed ut repromittatur.* Es ist beschwerlich genug für den Verkäufer, daß er das Duplum zu versprechen genöthigt werden kann, man kann ihn also nicht noch mehr dadurch belästigen, daß man gerade eine Sicherheit durch Bürgen verlangt, man muß sich also mit dem bloßen Versprechen desselben begnügen lassen.

Ob nun gleich die stipulatio duplae darin eine größere Ausdehnung erhielt, daß sie nicht blos beym Kauf,

41) *Repromittere* est nuda pollicitatione suo nomine cavere. *L.* 1. §. 6. *D. de stipulat. praetor. L.* 13. *pr. et* §. 1. *D. de damno inf.* Brisson. de V. S. h. voc.

sondern auch bey andern Contracten und Geschäften eingeführt wurde, wie uns Ulpian lehrt, wenn er *L.* 52. *D. h. t.* sagt: Sciendum est, nihil interesse, *ex qua causa* duplae stipulatio fuerit interposita, utrum *ex causa emtionis*, an *ex alia*[42]), ut committi possit; so wurde sie doch auch auf der andern Seite dadurch beschränkt, daß sie nur bey Sachen von bedeutendem Werthe sollte gefordert werden können. Auch dieses bestätiget Ulpian, wenn er *L.* 37. §. 1. *D. h. t.* sagt:

Quod autem diximus, *duplam promitti oportere*, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, *sed de his rebus*, *quae pretiosiores essent:* si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile veneat. Per Edictum autem Curulium etiam *de servo* cavere venditor iubetur.

Daß beym Kaufe eines Grundstüks die cautio duplae gefordert werden könne, läßt sich wohl aus diesem Gesetz mit vollkommener Gewißheit schließen. Allein bey beweglichen Sachen fehlt es an einem Maasstabe, um deren Werth, in Beziehung auf die Verbindlichkeit zur Leistung einer Caution auf das Doppelte, zu beurtheilen. In Ansehung der Sklaven war es wohl gewiß genug, und eben so dürfte auch wohl die Stipulatio duplae beym Pferdekauf keinem Zweifel unterworfen seyn. Der Perlen, Juwelen, und seidenen Kleider gedenkt schon das

42) Veluti ex causa permutationis, dationis in solutum, dotis. *L.* 75. *D. de iure dot.* *L.* 52. *D. eod.* *L.* 19. §. 5. *D. de aedilit. Edicto.* *L.* 4. *Cod. de evict. Jac.* Cujacius Tr. VI. ad *Africanum* ad L. 24. D. de evict.

Gesetz selbst. Allein was ist das aliud non contemptibile? Hugo Donellus [43]) glaubt, man könne zum Grundsatz annehmen, was die Summe von zwey aureis übersteigt, eigne sich zur Stipulation der Dupla. Denn so erkläre Paulus *L.* 10. *D. de dolo malo* die modica summa, wegen welcher die actio doli nach dem Ausspruche Ulpians *L.* 9. *§. ult. D. eodem* nicht zu gestatten sey, nämlich *usque ad duos aureos.* Allein wie läßt sich von einer actio famosa ein gültiger Schluß auf die stipulatio duplae beym Kaufe machen? Es muß also vielmehr, da es an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt, die Beurtheilung der Sache dem Ermeßen des Richters in vorkommenden Fällen überlassen werden [44]).

Ist aus Irrthum, statt der Dupla, das Simplum stipulirt worden, so ist entweder die Entwährung schon erfolgt, oder nicht. Im ersten Fall kann zwar der Käufer mit der actio ex stipulatu mehr nicht als das Simplum erhalten; allein durch die actio ex emto kann er eine Ergänzung dessen erwirken, was ihm an der dupla fehlt; er muß nur übrigens dem Inhalt der Stipulation ein Genüge geleistet, z. B. dem Verkäufer litem denunciirt haben [45]). Dieß setzt aber wohl freylich

43) Tr. ad h. Tit. Cap. I. pag. 213.

44) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 4. in fin. und *Chr.* WAECHTLER Comm. ad L. 34. §. 1. D. h. t. in *Opusc.* pag. 73.

45) Die Worte: *si modo omnia facit emtor, quae in stipulatione continentur*, erklärt WAECHTLER in Comm. ad h. L. wenn nur übrigens die Stipulation gültig errichtet worden ist. Allein richtiger beziehen dieß Andere auf die in der Stipulationsformel enthaltenen Pflichten des Käu-

voraus, daß gleich bey Schließung des Kaufs war ausgemacht worden, es solle auf den Fall der Entwährung das Duplum vergütet werden, und daß der Irrthum blos bey der nachher erfolgten Stipulation vorgegangen sey [46]). In dem letztern Falle hingegen kann der Käufer, so lange noch keine Entwährung erfolgt ist, mit der actio ex emto erwirken, daß ihm der Verkäufer das Duplum auf den Entwährungsfall noch versprechen muß. Dieß scheint mir der Sinn folgender Gesetzstelle zu seyn.

L. 37. §. 2. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXII. ad Edictum.* Si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit emptor, re evicta, consecuturum eum ex empto NERATIUS ait, quanto minus stipulatus

fers, wohin besonders die Pflicht der Litisdenunciation gehört. *L.* 8. *Cod. h. t.* S. *Ant. Dad.* ALTESERRA Comm. ad h. L. 37. §. 2. h. Tit. *Jos.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 74. D. de evict. §. 9. pag. 493. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 1. Nr. LIV. not. d. Die Stipulationsformel, so wie sie *Jac.* CUJACIUS Tract. VI. ad Africanum ad L. 24. D. h. t. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. Pr. pag. 463. restituirt haben, lautete ohngefähr folgendermaßen: *Eam rem, quam a te emi, habere licere, nec evinci eam rem mihi heredive meo: et si ea res a me heredeve meo petetur, vel si eam ab alio petiero, eam recte defendere, postquam denunciatum tibi erit: et si ea res mihi evicta erit, vel si eam ego a possessore evincere non potuerim, tum quanti ea res erit, duplum praestari, dolumque malum abesse, abfuturumque esse, spondes?*

46) S. Westphal vom Kaufe §. 306.

sit: si modo omnia facit [47]) emptor, quae in stipulatione continentur; quodsi non fecit [48]), ex empto id tantum [49]) consecuturum, ut ei promittatur, quod minus in stipulationem superiorem deductum est [50]).

In solchen Fällen, wo die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung nicht aus der Natur des eingegangenen Geschäfts entspringt, kann nun zwar nicht von Rechts wegen verlangt werden, daß sie der Andere leiste, aber sie kann durch freywillige Uebereinkunft der Partheyen gegründet werden. Dahin gehören denn die Fälle, welche beym §. 1119 und 1120. vorkamen [51]). Nach dem römischen Rechte war jedoch der bloße Vertrag, oder das bloße Versprechen der Evictionsleistung nicht hinreichend, wenn nicht auf den Entwährungsfall die Vergütung des Werths der Sache oder das Interesse ausdrücklich war ausbedungen worden. Denn man bediente sich der Formel [52]): *habere licere spondes?* Diese erklärte man aber so, daß weder der Promittent noch seine Erben ihn, den Erwerber, oder Stipulator in dem Besitz und Gebrauche der übertragenen Sache hindern, und dieselbe zurückfordern wollten. Daß es aber auch durch keinen Dritten

47) Haloander hat fecit.

48) Unser Cod. Erl. lieset fecerit. Eben so Haloander und Baudoza.

49) Haloander lieset *tamen*, eben so Cod. Erlang.

50) Dieß geht auf den Fall, da noch keine Eviction erfolgt ist.

51) S. Boehmeri Diss. cit. Cap. II.

52) Varro *de re rustica.* Lib. II. cap. 2. *L.* 11. §. 8. *et* 18. *D. de act. emti et vend.* Brissonius de formulis et solemnib. pop. Rom. verbis. Lib. VI. c. 51. p. 483.

geschehen werde, dazu konnte sich Niemand verpflichten. Denn sonst wäre ja ein factum alienum versprochen worden. Dieß konnte nicht gültig geschehen, wenn nicht in der promissio facti alieni zugleich eine promissio facti proprii enthalten war. Dahin gehörte denn auch, wenn man versprochen hatte, zu bewirken, daß ein Dritter Etwas thue, oder nicht thue[53]). Zwar scheint Paulus anderer Meinung gewesen zu seyn[54]). Die Stipulatio, *habere licere*, dünkt ihm, eben so, wie die stipulatio, *dolum malum absuturum*, das Versprechen zu enthalten, man wolle dafür sorgen, daß auch kein Dritter die Sache entwähre, oder sich eines Dolus schuldig mache. Allein Ulpians Meinung, welche Justinian in seine Institutionen als das geltende Recht aufnahm, behielt den Vorzug[55]). Es gehört hierher folgende Stelle.

L. 38. *pr. D. de Verbor Obligat.* ULPIANUS *libro XLIX. ad Sabinum.* Stipulatio ista, *habere licere spondes?* hoc continet, ut liceat habere, nec

53) §. 3. *I. de inutil. stipulat.*

54) *L.* 83. *pr. D. de Verb. Obligat.* Qui spondet, dolum malum abesse, absuturumque esse, non simplex *abnutivum* spondet, (i. e. non simplicem negationem facti alieni promittit. POTHIER Pand. Iustin. T. III. Lib. XLV. I. Nr. XXVI. not. a.) sed *curaturum se*, ut dolus malus absit. Idemque in illis stipulationibus, *habere licere:* item *neque per te*, *neque per heredem tuum fieri*, *quominus fiat.*

55) Anderer Meinung ist zwar *Franc.* CALLET in Comm. ad h. Tit. Cod. T. II. *Thes. Meerm.* pag. 327. Allein man sehe *Hugo* DONELLUS in Comm. ad L. 38. D. de Verb. Obligat. pag. 111. sqq.

per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat: quae res facit, ut videatur reus promisisse, per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisse, *nemo autem alienum factum promittendo obligatur:* et ita utimur: sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat, vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat.

§. 1. Sed si quis promittat, *per alium non fieri*, praeter heredem suum: dicendum est, *inutiliter eum promittere factum alienum.*

§. 2. At si quis velit *factum alienum* promittere: *poenam*, vel *quanti ea res sit*, potest promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat: hoc est, neque ipse reus, neque heredes eius, heredumve successores.

§. 4. Quaesitum est, utrum propriam demum rem, an et alienam promittere possit *habere licere?* Et magis est, ut et aliena promitti possit: quae res ita effectum habebit, si propria esse promissoris coeperit: quare si perseveraverit aliena, dicendum erit, stipulationem non committi, *nisi poena adiecta sit:* cum neque per eum, neque per successorem eius quicquam factum sit.

Da der Grund dieser Entscheidung unstreitig in der Natur der Stipulationsformel liegt [56]), die hier gebraucht wurde, und ohne welche bey solchen Geschäften, die

56) *L.* 5. §. 1. *D. de Verb. obligat. Jos. Fern. de* RETES Praelect. ad L. 83. D. de Verb. obligat. §. 4. et 5. (in *Thes. Meerm.* Tom. VII. pag. 577.)

sonst nicht zur Evictionsleistung verpflichteten, eine Verbindlichkeit, für Entwährung zu haften, nicht begründet werden konnte [57]); so hat es wohl keinen Zweifel, daß nach dem heutigen Recht davon kein Gebrauch zu machen sey, sondern das bloße Versprechen für die Entwährung haften zu wollen, den Promittenten verpflichte, wenn auch auf den Fall der Entwährung die Leistung des Interesse nicht ausdrücklich wäre versprochen worden, weil die Entschädigung schon in der Natur jenes Versprechens liegt [58]).

II. Das andere pactum *de non praestanda evictione* hebt die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung auf, wo sie sonst rechtlich begründet wäre. Dieser Vertrag kann auf verschiedene Art geschlossen werden. Entweder

1) so, daß dem Auctor nur überhaupt die Evictionsleistung erlassen seyn solle; (pactum de n. pr. ev. *generale*); oder

2) so, daß dem Auctor die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung gänzlich und dergestalt erlassen seyn solle, daß auch wegen des empfangenen Kaufgeldes dereinst kein Anspruch gegen ihn Statt haben, sondern die Sache lediglich auf des Käufers Gefahr stehen solle, (pactum de n pr. evict. *speciale*).

Es kann ferner dieser Vertrag theils ausdrücklich, theils stillschweigend eingegangen werden. Letzteres ist

57) *L.* 2. *C. h. t.*

58) C. HELLFELD Diss. cit. de pactis evictionis causa initis. §. 23. und Gesterding Promissio facti alieni. §. 4. in Desselben alten und neuen Irrthümern der Rechtsgelehrten !! Greifswalde 1818. Nr. XI. S. 410. ff.

der Fall, wenn sich die Erlassung der Evictionsleistung aus der Natur und den Umständen des eingegangenen Geschäfts, oder aus der Intention der Contrahenten folgern läßt. Dahin gehört, wenn der Käufer weiß, daß ein Dritter Ansprüche an der von ihm gekauften Sache habe [59]). Auch der bloße Glücks- oder Hofnungskauf enthält eine stillschweigende Erlassung der Evictionsleistung [60]). Wenn ferner Jemand nur in gewissen Fällen die Evictionsleistung übernimmt, so steht er in allen übrigen für keine Entwährung. Ein Beyspiel enthält die *L. 18. §. ult. D. de act. emti et vend.* davon nachher die Rede seyn wird.

Es entstehen nun hier zwey sehr streitige Rechtsfragen.

I. Ist dieser Vertrag überhaupt gültig?

II. Worin besteht die Wirkung desselben?

Soviel die erste Frage anbetrifft, so giebt es Rechtsgelehrte [61]), welche die Gültigkeit dieses Vertrags bezweifeln. Sie glauben nämlich, es streite gegen die bona fides, einen Vertrag einzugehen, vermöge welchen der Käufer die Sache verliert, und der Verkäufer dennoch den Kaufpreis gewinnen soll. Ulpian sage zwar freylich *L. 11. §. 1. D. de act. emti et vend.* Nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, *quod*

59) *L. 27. Cod. h. t.* S. §. 1118. S. 228—235.

60) *L. 8. §. 1. D. de contrah. emt.*

61) *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad L. 11. §. 18. D. de act. emti et vend. *Jos.* Averanius Interpretation. iuris. Lib. IV. Cap. 12. nr. 17. et 18. pag. 64. sq. und *Jo. Tob.* Richter Diss. de pacto evictionis non praestandae inutili. *Lipsiae* 1748.

inter contrahentes actum est. Allein dieß sey nur von solchen naturalibus negotii zu verstehen, welche durch Nebenverträge abgeändert werden können. Die Evictionsleistung sey aber ein naturale internum, denn sie fließe aus einem wesentlichen Erforderniß des Contracts; nämlich ut rem habere emtori liceat. Dieses Haben und Behalten der Sache dem Käufer zu sichern, sey der Zweck der Evictionsleistung. Ein Vertrag sey aber nichtig, welcher das Wesen des Contracts aufhebt. Man glaubt endlich auch diese Meinung sogar durch ein ganz deutliches Gesetz begründen zu können, worin dieser Vertrag geradezu für ungültig erklärt werde. Es ist die *L.* 11. §. *ult. D. de act. emti et vend.* wo Ulpian sagt: Sed IULIANUS *libro. XV. Digestorum* scribit, etiam si aperte venditor pronuntiet, per se heredemque suum non fieri [62]), quo minus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest; verumtamen, *ut pretium reddat*, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur, *nihil evictionis nomine praestatum iri*, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. *Neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret.*

Allein dieses ganze Raisonnement widerlegt die ganz deutliche und bestimmte *L.* 10. *D. de hered. vel act.*

62) Die Taurellische Ausgabe lieset eigentlich non *teneri*, und so auch die Gebauerische. Allein die meisten haben *fieri;* und dieser Leseart giebt Brenkmann Not. 89. der Geb. Ausgabe mit Recht den Vorzug. Unser Erlang. Codex hat ebenfalls fieri.

vend. wo Javolenus sagt: Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire, *nec postea quicquam praestitu iri*, quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, *nihil tamen eo praestabitur*, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emtorem pertineret. Es kann also wohl die Verbindlichkeit des Verkäufers, dafür zu haften, ut rem emtori habere liceat, kein wesentliches Erforderniß des Kaufcontracts seyn, sonst würde sie auch nicht stillschweigend erlassen werden können. Ja es wäre kein Kaufcontract denkbar, ohne daß der Käufer die Sache wirklich bekäme; und dennoch besteht der Kontract, wenn gleich die Sache noch vor der Uebergabe durch reinen Zufall zu Grunde geht. Die Pflicht der Evictionsleistung gehört also unstreitig zu den naturalibus des Kontracts, welche durch Vertrrag aufgehoben werden können. Vergeblich hat man sich bemüht, die entgegengesetzte Meinung auf Julians Auctorität zu stützen, welche, wie der ganze Zusammenhang der *L.* 11. §. *ult. D. de act. emti* lehrt, offenbar Ulpian nicht für sich anführt, sondern verwirft. Ulpian sagt im Anfange dieser Stelle: wenn bey Schließung eines Kaufs etwas über Evictionsleistung verabredet worden ist, so komme es darauf an, ob der Verkäufer bloß versprochen habe, der Käufer solle, der ihm verkauften Sache wegen, weder von ihm noch von seinen Erben und Nachfolgern eine Anfechtung zu besorgen haben, oder der Käufer solle auch von keinem Dritten in Anspruch genommen werden. Im ersten Falle könne der Verkäufer, wenn die Sache von einem Dritten entwährt worden ist, weder mit der actio ex

stipulatu noch ex emto belangt werden. Natürlich steht dann auch dem Käufer keine Klage zu, um das Kaufgeld zurückzuverlangen. Denn er hat sich in diesem Falle seines Rechts, Evictionsleistung zu fordern, stillschweigend begeben. Dem Käufer fällt hier nichts zur Last. Er hat erfüllt, was er versprach. So dachte Ulpian. Man erwäge folgende Worte: Qui autem *habere licere* vendidit, videamus, *quid debeat praestare?* Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, *per se, venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an per omnes.* Nam si *per se*, non videtur id praestare, *ne alius evincat*, proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, *ex stipulatu non tenebitur*, sive non est interposita, *ex emto non tenebitur.* Nicht auch eben so Julian. Dieser behauptete, der Verkäufer möge stillschweigend, oder auch ausdrücklich erklärt haben, er stehe für Entwährung nicht, so müße er dennoch, bey erfolgter Eviction, das Kaufgeld herausgeben. Er sey wegen des Vertrags nur nicht gehalten, das Interesse zu prästiren. Denn er glaubte, ein bonae fidei contractus erlaube einen solchen Vertrag nicht, vermöge dessen der Käufer die Sache verliert, der Verkäufer aber dennoch das Kaufgeld behalten darf; wenn man nicht vielleicht alle jene Verträge so ansehen will, als wäre ein Glücks- oder Hoffnungskauf geschlossen worden, wo der Käufer doch das Kaufgeld bezahlen muß, wenn er auch für sein Geld nichts erhält. So verstehe ich die Worte: nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a

piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe: *nam etiam si nihil capit, nihilo minus emtor pretium praestare necesse habebit.* Was sagt nun Ulpian dazu? Wir wollen ihn selbst reden lassen: Sed in suprascriptis conventionibus *contra erit dicendum*, nisi forte sciens alienum vendit, *tunc enim, secundum supra a nobis relatam* Juliani *sententiam, dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit.* Ulpian verwirft also hier Julians Meinung ganz bestimmt, und giebt ihm blos in den Fall Recht, wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft hat. Denn hier kann er wegen des Betrugs ex emto belangt werden. Wer sieht also nicht, daß man hier offenbar Julians Meinung, welche blos historisch als ein Zweifelsgrund angeführt worden ist, mit der gesetzlich sanctionirten Meinung des Ulpians verwechselt habe? Dann aber betraf ja auch der Streit zwischen Julian und Ulpian gar nicht einmahl die Gültigkeit, als welche Julian keinesweges bestritt, sondern blos die Wirkung des pacti de non praestanda evictione, welches hier ganz übersehen worden ist.

Ich komme nun auf die zweyte Frage, worin die Wirkung des pacti de non praestanda evictione bestehe? Ist hierüber durch Vertrag unter den Partheyen etwas Gewisses bestimmt worden, so versteht es sich, daß es darnach gehen müße, und es kann darüber kein Streit entstehen. Die Frage betrifft also nur das pactum de non praestanda evictione generale, wodurch bloß im Allgemeinen ist verabredet worden, daß der Verkäufer für keine Entwährung solle haften dürfen. Was hat nun dieser Vertrag für eine Wirkung? Befreiet derselbe, im Falle nachher erfolgter Entwährung, den Verkäufer von

allem weitern Anspruche, oder nur von der Leistung des Interesse? Kann also der Käufer, dieses pacti ungeachtet, das Kaufgeld zurückfordern? Dieß ist die interessante Rechtsfrage, worüber nach dem deutlichen Inhalt unserer *L.* 11. §. *ult. D. de act. emti et vend.* schon Julian und Ulpian verschiedener Meinung waren, und worüber noch jetzt die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt sind, weil die angeführte Stelle der Pandecten auf sehr verschiedene Art erklärt wird. Die eine Parthey hält es mit Julian [63]). Der Grund, sagt sie, den dieser Rechtsgelehrte anführt: *Neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret*, sey allerdings entscheidend. Diesem zu Folge habe Julians Meinung ihre vollkommene Richtigkeit: Si aperte in venditione comprehendatur, *nihil evictionis nomine praestatum iri*, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non

63) Zu dieser gehören CUJACIUS ad L. 11. §. 18 D. de act. emti. *Hug.* DONELLUS Commentarior iuris civilis Lib. XIII. cap. 2. §. ult. *Jo. Ant.* MANGILIUS Tr. de evictionib. Qu. 63. *Ge.* FRANTZKIUS Comment. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr 298 sqq *Nic* BURGUNDUS Tr. de evictionibus. cap. 41. *Franc.* CALLETIUS Commentar. ad h. Tit. Cod. (in MEERM. *Thes. iur. civ. et can.* T II. pag. 327.) *Jo.* ALTAMIRANUS in Commentar. ad Libr. II. Quaestion. Q. Cervidii Scaevolae Tract. II. ad L. 69. D. de evict §. 4. (in *Thes. Meerm.* T. II. p. 404.) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Superiori. (T. II. *Oper.* pag. 472.) *Jo.* VOET Commentar. ad Pand. §. 31. *Jo. Nic.* HERTIUS in Diss. de pacto, ne praestetur evictio (in *Opuscul.* Vol. II. Tom. 3.) *Jo. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 32. Nr. IX. et §. 33. u. a.

deberi. Diese Meinung habe auch Ulpian gar nicht verworfen, sondern nur den Einwurf, den sich Julian gemacht, nämlich man könnte vielleicht den Vertrag als einen Hofnungskauf betrachten, bey welchem der Käufer dennoch das Kaufgeld bezahlen müsse, wenn er auch für sein Geld nichts bekomme; weil das ein Schluß a diversis sey. Der Vertrag, für die Entwährung nicht haften zu wollen, befreye also den Verkäufer nur von dem Interesse, (utilitas) aber nicht von der Erstattung des bezahlten Kaufgeldes. Hätte jedoch der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft, so müße er auch nach Julians Meinung wegen seines Dolus für das Interesse haften. Die andere Parthey hingegen behauptet, Ulpian habe Julians Meinung verworfen, und sie blos in dem einzigen Falle gebilliget, wenn der Verkäufer in dolo sey. Ausserdem spreche er den Verkäufer, welcher sich bey Schließung des Contracts ausbedungen, für keine Entwährung haften zu wollen, auch von dem Ersatz des empfangenen Kaufgeldes frey. Diese ganz richtige Ansicht hatten zwar schon einige ältere Rechtsgelehrten [64]); allein noch keiner hatte die offenbare Vermischung der gesetzlichen Meinung des Ulpians mit der

64) *Franc.* Duarenus ad Tit. Pand. et Cod. de action. emti et vend. in fin. *Operum* pag. 1026. *Diod.* Tuldenus Comm. in librum VIII. Cod. Tit. 45. nr. 8. besonders *Henr. a* Suerin Repetit. Lection. iuris civ. Cap. 43. (Tom. IV. *Thes. iur. Rom. Otton.* p. 88. sqq.) und *Herm* Zoll Diss. ad L. Ex emto 11. §. ult. D. de act. emti hoc thema, quod simpliciter remissa evictione ne quidem ad pretii restitutionem agi possit, contra communem sententiam propugnans. *Ienae* 1703. rec. 1744.

blos als Zweifelsgrund angeführten Meinung des Julians, welche aus der ganzen Darstellung und Ansicht der ersten Parthey hervorgeht, so lichtvoll der juristischen Welt vor Augen gelegt, als Just Henning Böhmer [65]). Wie schwer es aber sey, alte eingewurzelte Irrthümer auszurotten, und der Stimme der Wahrheit bey dem durch Vorurtheile verblendeten Verstande Eingang zu verschaffen, lehrte die Erfahrung. Durch Julians Scheingrund, ein bonae fidei contractus erlaube ein solches pactum nicht, vermöge welchen der Verkäufer, im Falle der Entwährung, das Kaufgeld behalten dürfte, ohnerachtet doch Julian selbst eben nicht gar zu viel Gewicht darauf zu legen schien, wie sich aus der schwankenden Wendung, *posse defendi*, und dem Zweifel, den er sich selbst macht, ob man nicht vielleicht den Vertrag als eine *emtiò spei* ansehen könne, ganz augenscheinlich ergiebt, hatte man sich die Augen zu sehr verblenden lassen, um das helle Licht der Wahrheit zu vertragen. Man gieng vielmehr in dieser Verblendung so weit, daß man den gemeinen Irrthum als Wahrheit zu vertheidigen unternahm, und die richtige Ansicht als einen neuen Irrthum darzustellen, sogar für Pflicht hielt. In diesem Geiste schrieb dann Franz Alef, ehemaliger Rechtslehrer auf der Academie zu Heidelberg, bekannt durch seine Dies academici. *Heidelbergae* 1753. 4. gegen Böhmer die bekannte Dissertation unter dem Titel: Veritas communis opinionis circa pactum de non praestanda evictione contra novissimos *Boehmeri* errores vindicata. *Heidelbergae* 1736. Er sucht in dieser Schrift zu zeigen, Böhmer habe das Gesetz gar nicht

65) Vindiciae iuridicae pacti de non praestanda evictione contra communes errores. *Halae* 1735. rec. 1744.

verstanden. In der Hauptsache seyen Julian und Ulpian einander nicht entgegen. Julian habe auch in den Worten: *nisi forte sic quis omnes supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat*, sich keinen Einwurf gemacht, sondern in diesen Worten blos seine Meinung durch die Ausnahme beschränkt, wenn ausdrücklich ausgemacht worden, daß der Verkäufer das Kaufgeld dennoch erhalten, oder das empfangene behalten solle, wenn auch gleich der Käufer die Sache nicht erhielte, oder die ihm übergebene Sache nicht behielte. Denn hier sey alsdann der Kauf als eine emtio spei zu betrachten. Hiermit habe also Julian den Unterschied zwischen pactum de non praestanda evictione generale und speciale anerkannt. Ulpian habe auch dem Julian hierin gar nicht Unrecht gegeben, sondern nur in supra scriptis conventionibus, das heisse, wenn eine res certa sey verkauft, und die Evictionsleistung überhaupt erlassen worden, und wo Julian behauptet, es müsse im Evictionsfalle wenigstens dem Käufer das Kaufgeld restituirt werden, sey Ulpian insofern vom Julian abgewichen, daß er die Meinung desselben dahin erweitert habe, wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft, so hafte er, wegen seines Dolus, schlechthin ex emto, und müsse daher nicht nur das Kaufgeld, sondern auch das übrige Interesse prästiren, wie Julian selbst behauptet habe, dessen Meinung oben, nämlich §. 15. *et* 16. *L.* 11. *D. de act. emti et venditi* sey angeführt worden. Es sey demnach ein schändlicher Irrthum des großen Böhmer's, wenn er glaube, Julian und Ulpian seyen verschiedener Meigewesen. Nein beyde hätten darin mit einander überein-

gestimmt, daß sie den Fall einer gekauften res certa, dem Falle einer gekauften spes einander entgegengesetzt, so daß in dem letztern Falle der Verkäufer dem Käufer, re evicta, zu gar nichts verpflichtet, in dem ersten Falle aber wenigstens das Kaufgeld zu restituiren schuldig sey. Es sey lächerlich, und streite gegen deutliche Gesetze, wenn Böhmer die letztern Worte: *nisi forte sciens alienum vendidit, tunc enim secundum supra a nobis relatam* IULIANI *sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit*, so erkläre, als habe Ulpian die in diesem Gesetz angeführte Meinung Julians, daß der Verkäufer, des eingegangenen pacti de non praestandi evictione generalis ungeachtet, das Kaufgeld zurückzugeben schuldig sey, nur auf den Fall einschränken wollen, da der Verkäufer arglistig eine fremde Sache verkauft habe, weil der dolus malus immer zur Leistung des ganzen Intereße verpflichte [66]). Das habere licere rem venditam gehöre zum Wesen des Kauf-Contracts. Könne der Verkäufer dem Käufer dieses nicht gewähren, so müße er ihm wenigstens das Kaufgeld zurückgeben. Dieß sey es, was Julian andeute, wenn er sagt: *Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, et venditor pretium retineret.* Diesem sey nicht entgegen, daß es bey dem pacto de non praestanda evictione speciali anders sey. Denn dieses gelte als eine emtio spei. Wenn Böhmer behaupte, es lehre der ganze Zusammenhang, daß Ulpian seine Meinung in den Anfangsworten vorausgeschickt habe, welche so lauten: *Multum interesse*

66) *L.* 6. § *ult.* L. 11. §. 15 *et* 16. L. 30. §. 1. *D. de act. emti et vend.*

arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat: an vero per omnes? Nam si per se, non videtur praestare, ne alius evincat. Proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur; sive non est interposita, EX EMTO *non tenebitur;* und dann aus den letztern Worten die Schlußfolge ziehen will, der Käufer könne im Falle der Entwährung auch nicht einmal den Kaufpreis zurückfordern, so heiße dieß ineptiis accumulare ineptias!! Der Trugschluß sey unverkennbar, man dürfe nur erwägen, daß Evictionsleistung von der Wiedererstattung des Kaufgeldes verschieden sey, und daß es keine Folge sey, wenn erstere wegfällt, daß auch die letztere wegfallen müße. Dieß ist die Tendenz der Alefischen Dissertation, welche übrigens in einem so anzüglichen und beleidigenden Tone geschrieben ist, daß man glauben sollte, es sey dem Verfasser dieser Schrift nicht sowohl um Erforschung der Wahrheit, als vielmehr um neidische Herabwürdigung des grossen Ansehens eines Böhmers zu thun gewesen. Wer konnte es daher dem würdigen Sohne des gekränkten Vaters verdenken, wenn er dem höchst beleidigenden Anfalle des incompetenten Richters sich auf eine solche Art entgegensetzte, wie in der Schrifft unter dem Titel geschehen ist: *Ge. Lud.* BOEHMERI repetitae vindiciae pacti de non praestanda evictione oppositae erroribus inveteratis, quos contra venerandi parentis Iusti Henn. Boehmeri dissertationem argumenti eiusdem noviter propugnavit Franciscus Alef. *Halae Magdeb.* 1737. 4. Wer kann ihm Unrecht geben, wenn er §. 1. dieser treflichen Dissertation sagt: Quae vero ibidem (§. 1. Dissertationis venerandi Paren-

tis) praeclare observata sunt, praeconceptas videlicet in scholis opiniones ita plerisque in deliciis esse, ut *inveteratos errores* agnoscere, deponere, sententiamque mutare, dedecori sibi ducant: ista suo profecto exemplo satis superque probata dedit Heidelbergensis Academiae Professor *Franciscus* Alef, qui communis illius, in citata Dissertatione (sc. ven. Patris) castigati, erroris defensionem ac propugnationem acriter, at non ea, quae virum, qui *Iurisconsulti veri* titulo corruscare intendit, inprimis decebat, modestia et virtute, sed acerbitatis atque iniuriarum plenissimo calamo suscepit in dissertatione, hanc audacem inscriptionem gerente: *Veritas communis opinionis* etc. Quo animo sese ille ad hanc conscribendam accinxerit, *spurcae illius paginae* docent, in quibus argumentorum pondere destitutus ad iniurias evomendas se convertit; turpissimum illorum morem secutus, qui cum aliorum doctrinas et veritates ex opinionis errore impugnant, scriptorum fidem eorumque in veritate indaganda adhibitam integritatem, nescio qua invidia abrepti, suspectam reddere, et eiusmodi laudis innocuae imminutione ad aliquem in republica litteraria gloriolae gradum ascendere, frustra conantur.

In der Hauptsache wird nun gegen Alef augenscheinlich dargethan, daß Ulpian und Julian in Absicht auf die Wirkung des pacti de non praestanda evictione allerdings ganz verschiedener Meinung gewesen seyen, und daß durch die äusserst gezwungene, auf offenbaren Irrthümern beruhende, und den ganzen Sinn entstellende Alefsische Auslegung, Ulpian in einen unverkennbaren Wi-

derspruch mit sich selbst verwickelt werde. **Ulpian** hatte in den Anfangsworten seine Meinung ganz bestimmt ausgesprochen, daß im Falle erlassener Evictionsleistung der Verkäufer nicht hafte, wenn die Sache von einem Dritten entwährt worden. Es finde gegen ihn weder die actio ex stipulatu noch ex emto Statt. Wie konnte **Ulpian** dieß sagen, wenn seine Meinung gewesen wäre, daß der Käufer wenigstens das Kaufgeld zurückfordern könne? Welche Klage sollte ihm denn deshalb zustehen? die actio emti? So hätte ja **Ulpian** sich selbst widersprochen, der ausdrücklich sagte EX EMTO *non tenebitur*. Daß aber **Ulpian** dem Käufer auch in Absicht auf das Kaufgeld die Klage ex emto abgesprochen habe, erscheint ganz deutlich aus der Art, wie er **Julians** Meinung anführt. *Sed* IULIANUS *libro XV. Digestorum scribit.* So sprechen die römischen Juristen, wenn sie conträre Meinungen, als Zweifelsgründe, anführen [67]. **Julian** behauptete denn auch wirklich, ganz vom **Ulpian** abweichend, es sey ein Unterschied zwischen dem Intereße, und dem Kaufgelde. Das Erstere leiste zwar der Verkäufer nicht, aber das Kaufgeld müsse er zurückgeben, und dieses lasse sich nicht nur in dem Falle vertheidigen, von dem eigentlich **Ulpian** nur spricht, nämlich wenn sich der Verkäufer ausdrücklich nur verpflichtet hat, *per se, heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat*, und nun ein Dritter die Sache evincirt, sondern das Nämliche sey auch in dem Falle zu behaupten, wenn der Vertrag geradezu dahin geschlossen werden sey, nihil evictio-

67) Particula SED contrariae sententiae significationem inducit. S. *Io.* STRAUCHII Lexicon particularum iuris. (*Ienae* 1684.) Voc. *Sed.*

nis nomine praestatum iri, weil ein solcher Vertrag, vermöge welchen der Verkäufer im Entwährungsfalle auch nicht einmal das Kaufgeld zurückgeben solle, der Natur eines contractus bonae fidei entgegen sey. Dieß sind die conventiones, welche nachher *supra scriptae* genennt werden. Wer vermag nun aber die Meinung des Julians, ohne den evidentesten Widerspruch mit Ulpians Meinung, zu vereinigen? Offenbar sollte also diese Meinung des Julianus nur zu einem Zweifelsgrunde dienen. Daß Julian in den Worten: *nisi forte sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet,* etc. von einem neuen Vertrage geredet habe, wodurch ausgemacht worden, daß im Entwährungs-Falle auch selbst das Kaufgeld nicht restituirt werden solle, und hierdurch seine Meinung durch eine Ausnahme habe einschränken wollen, gehe aus diesen Worten nicht hervor, sondern die Worte *forte sic quis* deuten sichtbar auf einen Einwurf hin [68]), den sich Julian gemacht, und welcher von ihm nicht widerlegt, sondern sogar noch durch mehrere Beyspiele unterstützt worden; nämlich man könnte die oben erwähnten Verträge auch füglich so auslegen, als sey gleichsam ein Glücks- oder Hofnungskauf geschlossen worden, wo der Verkäufer das Geld erhält, wenn gleich dem Käufer die Waare nicht zu Theil wird. Der Sinn der Worte ist also, sagt Böhmer ganz richtig, der: nisi quis forte sic, id est, *eo sensu*, omnes istas supra scriptas conventiones RECIPIET, id est *accipiet, intelliget*, quemadmodum RECIPITUR, id est, *ad-*

61) Regulariter dictio FORTE est nota dubitationis, et non solum facti, sed quandoque et iuris dubitationem inducit. S. STRAUCHII Lexicon particularum iuris. voc. *forte*.

mittitur conventio, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat. **Ulpian**, eingedenk seiner Meinung, es finde gegen den Verkäufer keine Klage, selbst die ex emto nicht weiter Statt, widerspricht in Ansehung der oben gedachten Conventionen mit deutlichen Worten der Meinung **Julians**. *Sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum.* Da die Streitfrage, von welcher hier die Rede ist, darin bestand, ob nicht bey den oben erwähnten Verträgen dem Käufer noch die actio emti übrig bleibe, um wenigstens das Kaufgeld zurückzufordern, so kann wohl der Widerspruch **Ulpians** anders nicht erklärt werden, als daß er dem Käufer die Klage abspricht, welches noch deutlicher daraus erhellet, weil er nur einen Fall ausnimmt, in welchem er **Julians** Meinung gelten läßt, nämlich wenn der Verkäufer betrüglich gehandelt, und wissentlich eine fremde Sache verkauft hat. Tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est, *ex emto* eum teneri, quia dolo facit. Der ganze Zusammenhang lehre, daß hier von keiner andern Meinung des **Julians** die Rede seyn könne, als welche **Ulpian** vorher angeführt hatte, und es sey daher lächerlich, wenn **Alef** behauptet, **Ulpian** habe hier auf die von ihm selbst oben §. 15 et 16. dieses Fragments in ganz andern Fällen gebilligte Aeußerung **Julians** Rücksicht genommen. Daß **Ulpian** und **Julian** wirklich in der Hauptsache ganz verschiedener Meinung gewesen, bestärken auch noch insonderheit die **Basiliken**[69]), welche die Meinungen beyder Rechts-

69) *Lib. XIX. Tit. 8. de actione emti et venditi.* Const. V. §. 3. Tom. II. *βασιλικῶν* Fabroti pag. 388. sq.

gelehrten auf folgende Art mit einander zu vereinigen gesucht haben, daß sie unterscheiden, ob der Verkäufer versprochen, *neque per se, neque per heredem suum, vel venientes a se personas futurum, quominus habere em-*

Καὶ ὅτι ἐὰν πωλήσω σοι ἐφ' ᾧ μήτε ἐμὲ μήτε τὸν κληρονόμον μου, ἢ τὰ φερόμενα ἐις ἐμὲ πρόσωπα ἐμποδίσαι σοι ἔχειν, καὶ ἄλλος ἐκνικήση τὸ πραθὲν· οὐκ ἐνέχομαι τῇ ἀγωγῇ τῇ περὶ τῆς μελλούσης ζημίας, ὄυτε τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτούσῃ εἰς τὸ διαφέρον, ἀλλ' ἐις τὴν ἀνάδοσιν τοῦ τιμήματος· ἐι μὴ ἄρα συνεφώνησα μηδέν παρασχεῖν ἐκνικωμένου τοῦ πράγματος, ἐν ἀγνοίᾳ τοῦ πιπράσκειν ἀλλότριον. Ὁ γὰρ ἐιδὼς καὶ τοῦ συμφώνου ὄντος, ἐνέχεται τῇ ἀγωγῇ τῇ ἀπαιτούσῃ τὸ πρᾶγμα, οὐ μὴν ὁ ἀγνοήσας. Ἐνδέχεται γὰρ τόν πράτην κερδάναι τὸ τίμημα, καὶ τὸν ἀγοραστὴν μὴ σχεῖν τὸ πρᾶγμα. ὡς ἐπὶ ἁλείας καὶ Ͽήρας. Κἂν γὰρ μηδὲν κρατηϿῇ, δίδωσιν ὁ ἀγοραστὴς τὸ τίμημα d. h. nach der Uebersetzung des Fabrotus. *Item si hac lege vendidero tibi, neque per me, neque per heredem meum, vel venientes a me personas futurum, quo minus habere tibi liceat; et alius rem venditam evicerit: non teneor actione ex stipulatu, nec actione in rem ad id, quod interest, sed ad restitutionem pretii, nisi pactus fuerim, nihil praestitum iri, si res evincatur, dum ignorans rem alienam vendo. Quippe qui scit, quamvis ita sit conventum, in rem actione tenetur, non is, qui ignoravit. Nam fieri potest, ut venditor pretium lucretur, et emtor mercem non consequatur: velut in piscatione ac venatione. Nam tametsi nihil captum fuerit, tamen emtor pretium praestat.* Die actio in rem ist hier wohl keine andere, als die actio emti auf Zurückgabe des Kaufgeldes, von welcher hier blos die Rede ist. S. Boehmer cit. Diss. §. 14. und Westphal von Kaufe. §. 337. a. E.

tori liceat. Hier hafte zwar der Verkäufer, wenn ein Dritter die Sache evincirt, nicht für das Interesse, allein das Kaufgeld sey er zurückzugeben verbunden. Oder es ist so paciscirt worden, *nihil praestitum iri, si res evincatur.* Hier sey der Verkäufer dem Käufer zu nichts verbunden, wenn er von dem Anspruche des Dritten nichs gewußt hat. Denn hätte er wissentlich eine fremde Sache verkauft, so würde er allerdings deshalb in Anspruch genommen werden können. In jenem Falle aber, da der Verkäufer in bona fide ist, könne es wohl geschehen, daß der Verkäufer das Kaufgeld lucrire, wenn gleich der Käufer die Waare nicht erhält. Denn der Kauf gelte hier als ein Hofnungskauf. Entspricht nun zwar freylich diese Distinction weder der Meinung des Ulpians noch Julians, so beweisen doch die Basiliken wenigstens soviel, daß man Ulpians Meinung in dem Fall angenommen hatte, da der Vertrag bona fide dergestalt geschlossen worden, daß der Verkäufer für keine Entwährung eines Dritten haften solle, und man in diesem Falle den Kauf als eine emtio spei betrachtet habe, weil der Käufer die Sache auf seine Gefahr kauft [70]). Dieser Grund konnte um so mehr als Entscheidungsgrund angenommen werden, weil Julian selbst nicht abgeneigt war, aus diesem Grunde die Verträge, von denen er spricht, zu rechtfertigen. Uebrigens werden noch zwey auffallende Irrthümer der Alessischen Dissertation gerügt, der eine ist, daß die Evictionsleistung nicht das Kaufgeld, sondern nur das Interesse in sich begreiffen soll,

70) Eckhard Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. VII. §. 289. führt diese Stelle als ein vorzügliches Beyspiel von dem großen Nutzen der Basiliken bey der Erläuterung der Gesetze des Justinianeischen Rechts an.

und zweytens, daß die Evictionsleistung zum Wesen des Kaufcontracts gehöre. Das Erstere streitet gegen die deutlichsten Gesetzstellen. *L. 60. L. 70. D. de evict.* Letzteres aber gegen die bisher von allen anerkannte Wahrheit, daß die Evictionsleistung nur ad naturalia contractus gehört, die durch Verträge abgeändert werden können, wie Julian und Ulpian selst einstimmig lehren. *L. 8. D. h. t. L. 11. §. 1 et 2. D. de act. emti et vend.*

Man hätte glauben sollen, die Böhmersche Meinung habe durch die Stärke ihrer Gründe über die Alessische gesiegt. Allein kaum waren zehen Jahre verfloßen, als die letztere Meinung einen neuen eifrigen Vertheidiger an Johann Tobias Richter, ehemaligen Rechtslehrer in Leipzig, erhielt, welcher in einer Dissertation unter dem Titel: de pacto evictionis non praestandae inutili. *Lipsiae* 1748. abermals zu zeigen sich bemühete, daß Julians Meinung die gesetzliche, von Ulpian keinesweges verworfene Meinung sey. Die Erklärung, die er von dem Gesetz selbst giebt, ist in ihrer Art originell. Ulpian, sagt er, wirft die Frage auf, was der Verkäufer leisten müße, wenn er bey Schließung des Contracts versprochen hat, habere emtori licere. Er unterscheidet, ob er blos versprochen habe, per se venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, oder per omnes? In dem erstern Falle könnte es scheinen, er dürfe für nichts stehen, wenn ein Dritter die Sache evincirt. Die Worte: *Nam si per se, non* VIDETUR *praestare, ne alius evincat,* sollen also blos einen Zweifelsgrund enthalten; und die Worte Proinde si evicta res erit, — ex emto non tenebitur, sollen noch zu dem Zweifelsgrunde gehören. Allein (dieß sey nun der entscheidende Ausspruch) Julian schreibe im 15. Buche

seiner Digesten, daß nicht nur in jenem Falle, sondern auch sogar dann, wenn ausdrücklich versprochen worden, *nihil evictionis nomine praestatum iri*, der Verkäufer dem Käufer das Kaufgeld zurückzugeben gehalten sey, und nur nicht auf Leistung des Interesse ex emto belangt werden könne. Das pactum de non praestanda evictione habe also nur die Wirkung, daß es den Verkäufer von der Leistung des Interesse befreye. Davon sey aber das Kaufgeld ganz verschieden. Ja bisweilen sey dieser Vertrag nicht einmal in Absicht auf das Interesse von Wirkung, nämlich wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft hat. Hier müße er, nach der auch schon oben (er meint auch mit Alef die §§. 15 et 16. unserer *L.* 11.) angeführten Meinung des Julians dem Käufer das Interesse leisten, welches auch den Grundsätzen entspreche, die Ulpian in dem vollkommensten Einverständniß mit Julian *L.* 13. *pr. D. de act. emti et vend.* in andern Fällen vorgetragen habe. Alle Evictionsleistung aber, setze Julian zur näheren Bestimmung und Aufklärung seiner Meinung noch hinzu, falle bey einem bloßen Hofnungskaufe weg, z. B. wenn man von einem Fischer einem Fischzug, oder von einem Vogelsteller einen Vogelfang kauft; denn wenn hier auch nichts gefangen worden, so müße doch der Käufer das Kaufgeld bezahlen. In dem allen seyen nun beyde Rechtsgelehrten einverstanden. Wenn aber Ulpian nachher hinzufüge: *Sed in supra dictis conventionibus contra erit dicendum*, so sey in diesen Worten keine Abstimmung oder Abweichung von der Meinung Julians enthalten, sondern er habe nur desselben Meinung dadurch näher zu bestimmen gesucht. Denn da Julian unmittelbar vorher Beyspiele angeführt hatte, wo nach der Natur des Contracts gar keine Evi-

ction geleistet wird, so füge Ulpian nun noch jene Worte hinzu, welche also den Sinn hätten, in den oben genannten Verträgen könne man aber nicht sagen, daß keine Eviction zu leisten sey, wo wenigstens das Kaufgeld zurückgegeben werden müße. Ein seltenes Beyspiel eines ganz verdreheten Wortverstandes! Wer kennt nicht die Bescheidenheit der römischen Rechtsgelehrten, welche sich der Ausdrücke *videtur*, *videndum*, *visum est* gewöhnlich bedienen, wenn sie ihre Meinungen vortragen, besonders in solchen Fällen, wo sie von der Meinung anderer Rechtsgelehrten abweichen [71]). Ja sie gehen in ihrer Bescheidenheit oft so weit, daß sie sich sogar den Ausdruck *videtur videri* erlauben [72]). Eben dieses erinnerte auch Georg Ludw. Böhmer, als er seine repetitae vindiciae der Vorrede zum 4. Bande der *Exercitationum ad Pandectas* seines Vaters auszugsweise einverleibte, §. XX. not. a. pag. LXXVI. gegen Richter. Wie können die so bestimmten und entscheidenden Worte Ulpians: *proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur*, noch einen Zweifel übrig lassen, daß Ulpian, seine Meinung von der Wirkung das pacti de non praestanda evictione durch jene bescheidene Formel, *videtur*, ganz bestimmt ausgesprochen habe?

71) S. *Gottfr.* Mascovii Oratio de modestia veterum ICtorum. *Harderovici* 1729. rec. *Lipsiae* 1741. pag. 9. sqq.

72) So sagt z. B. Papinian *L.* 15. *in fin. D. de inoff. testam*: Nec absurdum *videtur*, pro parte intestatum *videri*. Mehrere Beyspiele führt *Car. Andr.* Duker Opusc. de Latinitate ICtor. vet. pag 330. not. 5. an.

Nach Böhmer war auch Hellfeld die Richterische Ansicht in seiner Diss. de pactis evictionis causa initis. *Ienae* 1757. §. 26 — 34. zu widerlegen bemüht. Dennoch ward der Streit dadurch noch nicht beendiget. Ein Rechtscandidat Johann Thaddäus Müller, nachmaliger Professor der Rechte zu Heidelberg, bekannt durch sein Systema Pandectarum ad fora Germaniae applicatum. 3. Theile. Manheim 1785 und 1786. nahm sich seines Lehrers an, und schrieb gegen Böhmer Reiteratae vindiciae communis opinionis circa pactum de non praestanda evictione, oppositae vindiciis repetitis eiusdem argumenti 1737. a *Ge. Lud. Boehmero*, modo Goettingae Pandectarum Professore famigeratissimo, orbi datis. *Heidelbergae* 1760. 4. Sein Hauptbestreben geht dahin 1) zu beweisen, daß wenn der Verkäufer betrüglich gehandelt, und wissentlich eine fremde Sache verkauft hat, das pactum de non praestanda evictione von gar keiner Wirkung sey, und daher ex emto nicht nur das Kaufgeld, sondern auch alles übrige Interesse gefordert werden könne. Dieß sey nicht nur Julians Meinung, wie aus *L.* 11. §. 15. *et* 16. *D. de act. emti et vend.* erhelle, sondern eben dieses habe auch Ulpian behauptet, welcher ausdrücklich den Vertrag, *ne dolus praestetur*, als der bonae fidei zuwider, mißbillige [73]); ja bey der Erklärung des prätorischen Edicts den Grund beyfüge: *ne vel dolosis malitia sua sit lucrosa, vel deceptis simplicitas damnosa* [74]). Und eben so hätten auch alle übrige römische Rechtsgelehrten,

73) *L.* 23. *D. de div. reg. iuris.*

74) *L.* 1. *D. de dolo malo.*

Paulus [75]), Pomponius [76]), Terentius Clemens [77]). und Neratius [78]) gelehrt. Wie könnte man also glauben, daß Ulpian, um des pacti de non praestanda evictione willen, davon abgewichen sey?

2) Ulpian und Julian sollen darin mit einander übereinstimmen, daß der Verkäufer in gutem Glauben zwar kein Interesse leiste, aber das Kaufgeld im Entwährungsfalle dem Käufer zurückgeben müsse. Wenn nämlich Ulpian die Frage aufwirft: Qui *habere licere vendidit*, videamus, *quid debeat praestare?* so habe hier nicht die Frage von der blossen Sache seyn können. Denn diese sey ja ein wesentliches Stük des Contracts, so wie das Kaufgeld. Die Verbindlichkeit zur Leistung der Sache, so wie zur Bezahlung des Kaufgelds verstehe sich von selbst, und bedürfe keiner besondern Verabredung. Es habe also hier nur von Leistung des Interesse die Rede seyn können. Denn darin bestehe das *habere licere*, wofür der Verkäufer dem Käufer hafte, wie Julian *L.* 8. *D. de evict.* selbst lehre. Ulpian unterscheide nun in Ansehung der aufgeworfenen Frage, ob nur versprochen worden, *per se, venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat*, oder ob das Versprechen auch auf jeden Andern gehe. Wenn nun Ulpian im ersten Falle sagt: *non videtur id praestare, ne alius evincat*, so heisse nun das soviel, wie aus den nachfolgenden Worten

75) *L.* 27. §. 3 *et* 4. *D. de pact.* *L.* 17. *D. Commodati.* *L.* 45. §. 1. *D. de act. emt. et vend.* *L.* 22. *D. de Verbor. obligat.*

76) *L.* 6. §. *ult. D. de act. emti et vend.*

77) *L.* 61. *princ. D. de iure dot.*

78) *L.* 11. *D. de doli mali et met. except.*

erhelle, daß wenn sich etwa der Verkäufer zum Doppelten, Dreyfachen oder Vierfachen durch Stipulation verpflichtet habe, dieses ex stipulatu nicht gefordert werden könne; und auch ohne Stipulation könne dann der Verkäufer nicht ex emto auf das Interesse belangt werden, wenn ein Dritter die Sache evincirt hat. Um nun diese Meinung zu bestärken, und ihr theils noch mehr Bestimmtheit, theils Ausdehnung zu geben, führe Ulpian Julians Auctorität für sich an, der nicht nur in dem Falle, von welchem Ulpian spricht, behaupte, es könne, wenn ein Dritter die Sache evincirt hat, der Verkäufer ex emto belangt werden, zwar nicht auf Leistung des Interesse, wohl aber auf Wiedererstattung des Kaufgeldes, sondern ein Gleiches auch in dem Falle lehre, wenn ausdrücklich ausgemacht worden, daß gar keine Eviction geleistet werden solle. Denn die Natur eines bonae fidei contractus erlaube einen solchen Vertrag nicht, vermöge dessen der Käufer die Sache verlieren, und der Verkäufer das Kaufgeld zurückbehalten solle. So beweise der ganze Zusammenhang dieser Stelle, daß die Partikel *sed* hier die Bedeutung einer Conjunction, nicht aber die einer Discretion habe, eine Bedeutung, die bey Ulpian gar nicht ungewöhnlich sey [79]. Alles greife nun in einander ein. Der Käufer habe gekauft, *ut habere sibi liceat*, der Verkäufer habe ihm die Sache mit dieser Verbindlichkeit verkauft. Es sey also keine Hoffnung, sondern eine gewisse Sache sey es, welche den Gegenstand des Contracts ausmacht.

79) *L.* 13. §. 17. *D. de act. emti et vend.* *L.* 6. §. 7. *D. de negot. gest.* *L.* 4. *in fin. de condict. ob turpem causam.* *L. ult.* §. 1. *D. de aedilit. Edicto.* *L.* 58. *D. de Verbor. obligat.* *L.* 6. §. 2. *D. de duob. reis.*

Die Sache müße also dem Käufer gewährt werden, und der Vertrag, *nihil evictionis nomine praestitum iri*, könne nur einzig und allein den Sinn haben, daß der Verkäufer kein Interesse leisten dürfe. Allein das Kaufgeld sey darunter nicht begriffen. Es müßten denn etwa (dieß sey nun der Sinn der folgenden Worte: *Nisi forte sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet* etc.) die vorhin erwähnten Verträge auf eine solche Art eingegangen werden, daß auf den Fall, da ein Dritter die Sache entwähren würde, eben so wenig das Interesse geleistet, als das Kaufgeld zurückgegeben werden solle, so wie man einen Hoffnungskauf zu schliessen pflege, wo der Verkäufer sein Geld bekommt, wenn auch der Käufer die Waare nicht erhält. Wenn Ulpian fortfährt: *Sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum*, so müsse man ja nicht glauben, als habe Ulpian hierdurch eine entgegengesetzte Meinung zu erkennen gegeben. Nein! der Sinn dieser Worte gehe nur dahin, in den oben erwähnten Verträgen, nämlich *vendo et polliceor, nec per me, nec venientes a me personas fieri, quo minus habere liceat*, und: *Vendo, sed nihil evictionis nomine praestatum iri volo*; sey es anders; denn dadurch sey nur das Interesse, aber nicht die Erstattung des Kaufgeldes dem Verkäufer im eintretenden Entwährungsfalle erlassen worden. Er müßte denn (*nisi forte sciens*) wissentlich eine fremde Sache verkauft haben. Dann hafte er freylich ex emto für das volle Interesse, weil er betrüglich gehandelt hat, und der Vertrag sey für nicht geschloßen zu achten, wie auch Julian selbst oben, nämlich in den §§. 15 u. 16. der *L.* 11. gelehrt habe. So hänge demnach alles ganz natürlich und in gehöriger Ordnung zusammen, ohne dem Gesetz einige Gewalt anzu-

thun, oder in einen Widerspruch mit andern Gesetzen zu gerathen. Die vom Böhmer zur Unterstützung seiner Erklärung angeführten Basiliken könnten hier nichts beweisen. Denn bekanntlich sey das 19 Buch derselben nicht ächt. Wie wenig aber überhaupt den Griechen zu glauben sey, habe schon Cicero zu seinen Zeiten gesagt. *Testimoniorum religionem, et fidem nunquam ista natio coluit*, so sage er in seiner Rede für den Flaccus; und *Lib. I. de Oratore* heiße es von den Griechen: *Contentionis, quam veritatis, cupidiores fuerunt Graeci.*

Daß diese Müllersche Erklärung weit consequenter, als jene Richterische sey, ist wohl nicht zu läugnen. Auf die nämliche Art hatte auch schon vor ihm Robert Joseph Pothier [80]), ehemaliger Rechtslehrer zu Orleans, dieses Fragment erklärt Allein auch diese Erklärung bleibt dennoch an sich immer erzwungen, und entspricht nicht dem Zusammenhange der Worte, noch dem Geist des römischen Rechtsgelehrten. Denn daß Ulpian Julians Meinung wirklich nur, als eines dissentirenden Rechtsgelehrten, angeführt habe, beweißt die Faßung der Worte: *Sed* IULIANUS u. s. w. so unverkennbar, daß sich, ohne den Worten Zwang anzuthun, keine Uebereinstimmung annehmen läßt. Darin aber kann man wohl ohne Bedenken dieser Erklärung Beyfall geben, daß wenn der Verkäufer, dem die Evictionsleistung erlassen worden ist, arglistig handelt und eine fremde Sache wissentlich verkauft hat, derselbe dem Käufer für alles Interesse haften müße, folglich das pactum de non prae-

80) Pandectae Iustinianeae in novum ord. digestae *Paris* 1748. et rec. *Lugduni* 1782 f. Tom. I. Lib. XIX. Tit. I. Nr. XLVI. not. h. i. h. pag. 523.

standa evictione in diesem Falle von gar keinem rechtlichen Erfolge sey. In omnibus enim casibus, sagt Paulus *L. 45. §. 1. D. de act. emti et vend.* si *sciens* quis alienum vendiderit, OMNIMODO *teneri debet*, und Niemand darf aus seinem Dolus einigen Vortheil ziehen, oder wie sich Pomponius ausdrückt *L. 63. §. 7. D. Pro Socio.* Nec enim aequum est, dolum suum quemquam relevare. Es sind also eigentlich in dem Gesetz zwey Fälle unterschieden. Erstens, wenn der Verkäufer in bona fide ist. Hier befreit ihn der Vertrag von allem Anspruche im Falle einer erfolgten Entwährung. Zweytens, wenn der Verkäufer sich eines Dolus schuldig gemacht hat, hier hilft ihm der Vertrag nichts, dicendum est, EX EMTO eum teneri: quia dolo fecit. Er haftet also auch für das Interesse. Zwar bezieht sich hier Ulpian auf Julians Meinung; allein dieß will nicht soviel sagen, als ob der Käufer nur das Kaufgeld zurückfordern könne. Denn die Redensart *ex emto teneri*, oder *emti iudicio teneri* [81]), welche Julian selbst gebraucht, geht nicht blos auf Erstattung des Kaufgeldes, sondern auch auf Leistung des Interesse [82]). Die Böhmerische Meinung nahmen indessen auch Christ. Heinr. Eckhard [83]), Carl Friedrich Walch [84]), und

81) *L. 11. §. 15. et 16. D. de act. emti et vend. L. 69. §. 5. D. de evict.*

82) *L. 60. L. 69. §. 5. L. 70. D. de evict.*

83) Hermeneut. iuris. Lib. I. Cap. II. §. 77. Not. *).

84) Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. I. §. 5. pag. 449.

Adolph Dieterich Weber[85]) an, dahingegen Johann Ludwig Conradi[86]) der entgegengesetzten Meinung beystimmte. Unter den neuern gieng vorzüglich Ernst Christ. Westphal[87]) den Mittelweg. Er unterscheidet mit Böhmer genau Ulpians Meinung von der Meinung des Julianus, und hält nur jene für die entscheidende. Dieß lehren ihn Ulpians Worte: Proinde si evicta res erit, — *ex stipulatu non tenebitur: — ex emto non tenebitur.* Daß Ulpian der Meinung des Julianus widersprochen, beweisen die Worte: Sed in supra scriptis conventionibus *contra erit dicendum*, und dieses werde dadurch noch deutlicher, daß er nur, im Falle eines begangenen Dolus des Verkäufers, der Meinung des Julianus beytrete, folglich in dem Falle, da der Verkäufer in bona fide ist, ganz von ihm abgehe. Nur von dem, *qui dolo facit*, sage Ulpian mit Julian, ex emto eum teneri. Er müsse also von dem, *qui dolo non facit*, annehmen, ex emto eum non teneri, so wie er auch oben ausdrücklich gesagt hatte. Westphal führt aber noch Gründe an, aus denen er beweißt, daß Ulpians Meinung auch der

85) Bemerkungen und allgem. Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des Röm. Rechts in deutschen Gerichten. §. 8. in desselben Versuchen über das Civilrecht. Schwerin und Wismar 1801. S. 36. ff.

86) Observationes iuris civ. Vol. I. *Marburgi* 1782. §. V. pag. 39. sqq. Neue Gründe führt Conradi nicht an, sondern versprach seine Meinung in der Folge maiori cum apparatu auszuführen. Diese Ausführung ist aber nicht erfolgt.

87) Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §§. 336—241.

Analogie des römischen Rechts viel gemäßer sey, als die Meinung des Julianus. Julian billigt ja selbst eine emtio spei, wo der Verkäufer für nichts steht, und doch das Kaufgeld erhält. Was ist nun für ein Unterschied zwischen einer emtio spei und einem solchen Kaufe, bey welchem ausgemacht worden, der Verkäufer dürfe für die Eviction nicht haften? Hat ferner der Käufer wissentlich eine mit fremden Anspruch behaftete Sache gekauft, so hat er gegen den Verkäufer keinen Regreß, weil er sich desselben stillschweigend begeben hat. Warum sollte die ausdrückliche Begebung nicht gleiche Wirkung haben? Der Käufer, welcher dem Verkäufer die Evictionsleistung erläßt, kauft ja die Sache auf seine Gefahr, er kann sich daher, wenn er den Verkäufer keines Dolus überführen kann, über Unrecht nicht beschweren. Hierzu kommt endlich noch der analogische Grund, daß der Vertrag, nach welchem der Verkäufer für keine Mängel der Sache haften soll, denselben, wenn er nur in bona fide war, von allen weitern Ansprüchen des Käufers befreit, so daß wenn sich auch nachher ein Fehler findet, doch nun weder aus dem ädilizischen Edict, noch ex emto gegen ihn geklagt werden kann [88]). Hat hingegen der Verkäufer dolose gehandelt, und den auf der Sache haftenden Anspruch gewußt, so behauptet Westphal ganz richtig, daß die Erlassung der Evictionsleistung von keinem Nutzen sey, sondern, deren ungeachtet, der Verkäufer nicht blos den Werth erstatten, sondern auch alles übrige Interesse leisten müsse, wie Julian, und alle römische Rechtsgelehrten gelehrt hätten [89]). Die-

88) *L.* 14. §. 9. *D. de aedilit. Edicto.*

89) *L.* 69. §. 5. *D. de evict.* *L.* 11. §. 15. *D. de act. emti et vend.* *L.* 45. §. 1. *D. eodem.*

ser Meinung sind auch Christ. Aug. Günther[90]) und Anton Fried. Just Thibaut[91]). Allein eine von allen bisherigen Meinungen abweichende Ansicht hat Carl August Buchholz, Verfasser des Marc Aurels, in seinen Versuchen über verschiedene Rechtsmaterien. Lübeck 1808. 8. S. 31 — 47. Er giebt zu, daß Ulpian und Julian verschiedener Meinung gewesen. Im Anfange der streitigen Pandectenstelle, sagt er, handelt Ulpian von dem Falle einer tacita conventio de non praestanda evictione, indem er bestimmt, daß derjenige, welcher nur verspricht, der Käufer solle weder von ihm noch von seinen Erben und Nachfolgern rücksichtlich einer Eviction etwas zu befürchten haben, nicht dafür gehalten sey, wenn nachher ein Dritter die Sache evincirt, und daher in diesem Falle weder mit der actio ex stipulatu, noch mit der actio emti in Anspruch genommen werden könne. Kann also der Käufer die Klage auf Evictionsleistung, wenn die Sache von einem Dritten entwährt worden ist, nicht anstellen, so kann ihm auch keine Klage, um das Kaufgeld zurück zu erhalten, zustehen. Denn es ist anzunehmen, daß er diesem stillschweigend in dem solchergestalt geschlossnen Contract entsagt habe. Nachdem Ulpian seine Meinung auf diese Art ausgesprochen hat, daß der Verkäufer, welcher nur für sich und seine Erben rücksichtlich einer Eviction einstand, die etwa von ihnen selbst zu besorgen wäre, zu nichts gehalten sey, wenn ein Andrer evincire, so führt er die Meinung Julians

90) *Princ. iur. Rom. priv. noviss.* T. II. §. 1068.

91) System des Pandectenrechts 1. B. §. 189. der 4. Ausgabe.

als ratio dubitandi an, indem dieser eines Theils annimmt, daß im aufgestellten Falle der Verkäufer zwar nicht ex emto gehalten sey, das Interesse zu prästiren, wohl aber das empfangene Kaufgeld wieder zu erstatten, und andern Theils festsetzt, daß wenn in dem genannten Falle auch förmlich ausgemacht sey, keine Eviction zu prästiren, zwar auf das Interesse nicht, wohl aber auf das pretium solle geklagt werden können, weil es die Billigkeit nicht gestatte, daß der Käufer die Sache verliere, der Verkäufer aber das pretium behalte, u. s. w. Hiergegen aber wende Ulpian, indem er fortfährt, ein, daß Julians Bestimmung zu verwerfen sey, und Wiederforderung des Kaufgeldes nur dann Statt haben solle, wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache alienirte, denn alsdann soll er ob dolum ex emto gehalten werden können. Dem allen ungeachtet, sagt Buchholz, folge aber dennoch nicht, daß wenn das pactum blos im Allgemeinen besagt, *ne evictio praestetur*, außer dem Fall des Dolus, keine Rückforderung des pretii Statt finden solle. Denn Ulpian stelle 1) nur den Fall auf, da der Verkäufer versprach, durch ihn und seine Erben solle keine Eviction zu besorgen stehen. Er stelle ferner den Fall auf, da die Stipulationsformel, *habere licere spondes?* gebraucht war, welche nicht hinreichte, den Käufer bey einer, von einem Dritten erfolgten Eviction, zu sichern; und daß er wirklich von diesem Falle rede, zeigten die ersten Perioden der allegirten *L.* 11. §. 18. *D. de act. emti* eben so deutlich. In diesem Falle nehme also Ulpian an, daß der Käufer, wenn Eviction von einem Dritten erfolge, nichts fordern könne, weil er tacite dem entsagt, und nur seine Ansprüche reservirt habe, wenn der Verkäufer oder seine Erben da-

mit bedrohten. Ulpian rede also nur von einer *tacita* conventio de non praestanda evictione, die aus dem Fall, welchen er aufstellt, folge, und andern Theils spreche er überall nur von einem negotio stricti iuris. Zwar scheine entgegen zu stehen, daß er Julians gleich darauf folgende Meinung scheinbar verwirft. Aber nur scheinbar. Denn wie könnte er das von diesem Gesagte, auf Gründe der Billigkeit und Vernunft Gestützte, verwerfen? Die Worte *in supra scriptis conventionibus* sollen also nur auf den von Ulpian oben genannten Fall eines *negotii stricti iuris* gehen. Nur hier habe Ulpian widersprochen, und dieß aus dem Grunde, weil bey solchen Geschäften nur der Buchstabe, nicht die Billigkeit galt [92]). Negotia stricti iuris fänden überdieß bey Uns im Sinne der Römer nicht mehr Statt; dagegen Billigkeit und Vernunft verba solemnia überwögen. 2) Könne also dieses Gesetz, welches von einem negotio stricti iuris rede, auf ein negotium bonae fidei nicht angewendet werden; so folge auch, daß die Gründe der Billigkeit um so eher eintreten müßten, wenn sie von andern Gesetzen noch unterstützt wären. Heisse es demnach im Allgemeinen, ne evictio praestetur, so sey darunter zu verstehen, daß der Käufer zwar dem Interesse entsage, nicht aber, daß er auch nicht befugt seyn solle, das als Gegenleistung Gegebene wieder zu fordern. Denn wenn er dieß nicht können soll, so müsse es ausdrücklich mit angeführt seyn. Eine jede Renunciation sey stricte zu interpretiren [93]); und wenn ja ein Zweifel eintreten sollte, so sey der Sinn vorzuziehen, wel-

92) *L. 99. pr. D. de Verb. obligat.*

93) *L. 4. §. 4. D. Si quis caut. in iud.*

cher dem Verlierenden am wenigsten nachtheilig ist [94]). Er nimmt jedoch folgende Ausnahmen, als in dem Fragment gegründet, an; 1) wenn im Vertrage zugleich ausdrücklich ausbedungen ist, es solle das Kaufgeld nicht zurückverlangt werden können, *nisi forte sic quis* etc.) 2) Wenn der Verkäufer in dolo war: (*nisi forte sciens*). Allein dieser Ansicht stehen folgende Gründe entgegen.

Erstens das pactum tacitum de non praestanda evictione, von welchem Ulpian in den Anfangsworten unsers Fragments spricht, kann keine andere rechtliche Wirkung haben, als das pactum expressum, *ne evictio praestetur*. Dieß ist nicht nur der allgemeinen Rechtsregel gemäß, taciti et expressi eadem vis est, welche besonders bey Verträgen gilt [95]); sondern eben dieses bestätiget auch unser Fragment. Denn Julian hat zwischen beyden Arten des pacti de non praestanda evictione keinen Unterschied gemacht, und Ulpian widerspricht ihm in Ansehung beyder. Es streitet daher gegen alle Regeln der Interpretation, die Worte des Ulpian: *Sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum*, blos von dem Falle einer tacita conventio de non praestanda evictione zu erklären.

Zweytens ist auch hier von keinem negotio stricti iuris die Rede, in dessen Natur der Grund liegen sollte, daß nur bey der tacita conventio de non praestanda

94) *L.* 39. *D. de pactis. L.* 21. *D. de contrah. emt. L.* 33. *D. eodem.*

95) *L.* 2. *D. de pactis. L.* 3. *D. de reb. credit. L.* 6. §. 1. *D. de contrah. emt. Jos.* Averanius Interpretation. iuris. Lib. III. cap. 30. nr. 1 et 2.

evictione die Stipulationsformel nicht genügt hätte, den Käufer gegen die von einem Dritten erfolgte Eviction zu sichern. Die Worte: *Qui habere licere vendidit*, deuten nur auf einem Nebenvertrag hin, wodurch bey Schließung eines Kaufs der Verkäufer für Entwährung zu haften sich verpflichtet hatte. Dieser Nebenvertrag konnte zwar durch Stipulation errichtet werden, und dieß war besonders dann der Fall, wenn sich der Käufer das Doppelte, Dreyfache oder Vierfache, auf den Fall der Entwährung von dem Verkäufer versprechen ließ; aber auch eben so gut durch einen dem Kaufe, als einem contractus bonae fidei, sogleich bey Schließung desselben ohne Stipulation angehängten Vertrag. Ulpian sagt es ja selbst deutlich genug, daß im Falle einer tacita conventio de non praestanda evictione, wenn ein Dritter die Sache evincire, weder die actio ex stipulatu, noch *ex emto* Statt finde. Läge also der Grund seiner Meinung in der Stipulationsformel, so hätte es ja in dem Falle, da die conventio tacita ohne jene Stipulationsformel durch ein pactum adjectum wäre eingegangen worden, eben so seyn müssen, als wenn ausdrücklich versprochen worden, *ne evictio praestetur*. Es leuchtet also in die Augen, daß der Grund, warum nach der Meinung des Ulpians, daß der Verkäufer, welcher nur für sich und seine Erben rücksichtlich einer Eviction zu haften versprochen hat, die etwa von ihnen selbst zu besorgen seyn möchte, zu nichts gehalten sey, wenn ein Dritter evincire, und weder *ex stipulatu* noch *ex emto* belangt werden könne, nicht in der Natur der Stipulation, als eines negotii stricti iuris, sondern in der Natur des geschehenen Versprechens beruhe, weil derjenige, welcher

nur in gewissen Fällen die Evictionsleistung übernimmt, dadurch stillschweigend zu erkennen giebt, daß er in allen übrigen Fällen für keine Eviction haften wolle, besonders wenn das Hauptgeschäft, wie hier der Kauf, ein solches ist, nach dessen Natur der Auctor sonst unbedingt für das habere licere dem Erwerber der Sache stehen müßte. Obligatus est venditor, sagt selbst Julian *L.* 6. *D. h. t.* ut praestet *licere habere* hominem, quem vendidit.

Drittens, man räumt ein, der Vertrag sey gültig, wenn ausdrücklich ausbedungen worden, daß im Entwährungsfalle auch das Kaufgeld nicht zurückgegeben werden solle. Wie könnte es denn nun gegen die Natur eines contractus bonae fidei streiten, wenn Ulpian behauptet, das pactum de non praestanda evictione bringe schon an sich diese Wirkung hervor? das Kaufgeld könnte ja denn auch bey der emtio spei, ferner bey Erlassung der Gewähr der Mängel nicht zurückgefordert werden, welches doch Niemand der Natur eines bonae fidei Contracts zuwider hält, ja vom Julian selbst eingeräumt wird. Endlich

Viertens die Regel, daß jede Renunciation stricte zu interpretiren sey, findet nicht Statt, wo dasjenige, was zur Ausnahme gemacht wird, schon in der Natur des Gegenstandes liegt, worauf verzichtet worden ist, und ausdrücklich hätte ausgenommen werden sollen. Dieß ist hier der Fall, denn die Evictionsleistung besteht in einer völligen Entschädigung des Käufers, und dieses Interesse begreift zunächst den Werth der Sache in sich. Emti iudicium, sagt Paulus *L.* 43. *in fin. D. de act. emti et vend.* non *pretium* continet tantum,

sed *omne quod interest emtoris*, servum non evinci. Eben so Javolenus *L.* 60. *D. de evict.* Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem *pro evictione* praestare oporteat: nihil venditor praestabit, *praeter simplam*, (i. e. simplex rei evictae *pretium*)[96]) evictionis nomine, et ex natura *ex emto* actionis hoc, *quod interest.*[97]). Ist also der Vertrag im Allgemeinen geschlossen worden, *ne evictio praestetur*, so hat sich der Käufer alles Anspruchs an den Verkäufer begeben, welcher ihn wegen der Entwährung auf Entschädigung zustehen würde, folglich auch der Zurückforderung des Kaufgeldes. Denn allgemeine Ausdrücke sind auch selbst bey Stipulationen in dem ihnen beygelegten allgemeinen Sinn zu nehmen[98]).

§. 1122.

Inbegriff der Evictionsleistung.

Die Evictionsleistung besteht nun zwar überhaupt in der Schadloshaltung desjenigen, welcher die Entwährung erlitten hat. Um jedoch den Umfang derselben genauer zu bestimmen, so kommt es darauf an, ob dieselbe durch Vertrag bestimmt worden ist, oder die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung aus der Natur des eingegangenen Geschäfts entspringt. Im ersten Falle entscheidet der Vertrag. Si plus vel minus, quam pretii nomine datum est, evictione secuta dari

96) S. Harmenopulus in Promptuar. iuris Lib. III. Tit. 3. nr. 89.

97) Man sehe auch *L.* 70. *D. h. t. L.* 23. *Cod. eodem.*

98) *L.* 99. *pr. D. de Verbor. Obligat.* Hofacker Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 230. Not. c. pag. 183.

convenerit, *placitum custodiendum est.* So lehrt Hermogenian *L.* 74. *pr. D. h. t.* Die Römischen Gesetze gedenken deshalb sowohl der *Stipulatio simplae,* wenn der Auctor auf den Fall der Entwährung blos den empfangenen Werth der evincirten Sache zurückzugeben versprochen hat; als der noch gewöhnlicheren *Stipulatio duplae,* welche auf Restitution des doppelten Werths geht, den der evictus für die Sache gegeben hat. Beyde erwähnt Pomponius, wenn er *L.* 27. *D. h. t.* sagt: Certe nec ex emto, nec *ex stipulatione duplae,* nec *simplae,* actio competit emtori, si exceptio ei, ex facto ipsius opposita, obstiterit [99]). Es kann aber auch auf den Entwährungsfall das *Triplum* oder *Quadruplum* versprochen worden seyn, wie uns Paulus *L.* 56. *pr. D. h. t.* belehrt. Nur der Fiscus giebt der Eviction wegen weiter nichts, als das empfangene Kaufgeld, zurück, wenn auch gleich desselben Procurator das Doppelte, oder Dreyfache versprochen hätte, wie uns Ulpian in einer schon oben vorgekommenen Stelle der Pan-

99) Man sehe auch *L.* 11. §. *ult.* und *L.* 37. §. 2. *D. h. t.* S. Brissonius de formulis et solemnib. Pop. Rom. verbis Lib. VI. cap. 52. Varro *de Re rustica* Lib. II. cap. 10. gedenkt ebenfalls beyder Arten der Stipulation: Si mancipio non datur, *dupla* promitti, aut si ita pacti, *simpla* solet; und *Michael* Attaliata in Opere de iure. Tit. XII. bey *Jo.* Leunclavius *in iure Graeco Rom.* T. II. pag. 13. nennt jene τὸ διπλοῦν τοῦ τιμήματος, diese aber ἁπλοῦν τὸ τίμημα. Wie übrigens das duplum pretii zu berechnen sey, lehrt Ulpian *L.* 18. 19. *et* 20. *pr. D. de liberali causa* (XL. 12.) Vergleiche auch *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Restat.* T. II. p. 470. *Operum.*

decten lehrt [100]). Hier wird überall nur auf den Werth gesehen, für welchen die Sache dem Evictus bey Schliessung des Contracts überlassen wurde, wenn sich auch inzwischen der Werth der Sache vermehrt oder vermindert haben sollte. Denn man hält sich hier lediglich an das, was wegen der Evictionsleistung versprochen worden ist. Jedoch gilt dieß nur in dem Falle, wenn das Ganze entwährt worden. Denn wird nur ein Theil der Sache evincirt, so kommt es, wenn das Ganze für einen Preis verkauft worden, darauf an, ob ein unabgesonderter Theil vom Ganzen, pars *pro indiviso*, oder ein getrennter Theil, pars *pro diviso* entwährt worden ist. Im ersten Falle braucht nur das Doppelte darnach vergütet zu werden, was wirklich entwährt worden ist; ob das Ganze noch unvermindert vorhanden war, oder zur Zeit der Eviction durch Zufall einen Abgang erlitten hatte, kommt eben so wenig in Betrachtung, als die Beschaffenheit des entwährten Theils, wenn etwa derselbe wegen seiner Güte einen grössern Werth, als der Ueberrest, haben sollte, sondern der entwährte Theil wird blos im Verhältniß zum Ganzen gerechnet, so wie es dem Evictus war übergeben worden. In dem letztern Falle hingegen wird der evincirte Theil nach dem ihm eigenen Werthe berechnet, und darnach das Duplum bestimmt, wenn es nicht etwa für einen besondern Preis verkauft worden ist. Es gehören hierher folgende werkwürdige Stellen der Pandecten.

L. 64. pr. D. h. t. Papinianus *libro VII. Quaestionum.* Ex mille iugeribus traditis ducenta flu-

100) *L. 5. pr. D. de iure fisci.* S. oben §. 1121. S. 285. ff.

men abstulit; si postea *pro indiviso* ducenta evincantur, *duplae stipulatio pro parte quinta*, *non quarta praestabitur:* nam quod periit, damnum emtori, non venditori attulit. Si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio: non magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit. Nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.

§. 3. *eiusd. L.* Ceterum cum *pro diviso* pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio.

Von tausend Morgen Landes, die auch der Käufer empfangen hatte, waren zweyhundert durch die Gewalt der Wasserfluth abgerissen worden. Nachher wurden noch zweyhundert evincirt, welche einen unzertrennten Theil vom ganzen Grundstück ausmachten. Es war bey dem Verkaufe die dupla auf den Entwährungsfall stipulirt worden. Nun entstand die Frage, ob diese dupla zum vierten oder nur zum fünften Theile des für das Grundstück bezahlten Kaufgeldes gefordert werden könne? Die evincirten 200 Morgen Landes machen nämlich den fünften Theil von den gekauften 1000 Morgen Landes aus. Hätte nun der Evincirende mehr nicht als den fünften Theil von den 1000 Hufen Landes zu fordern gehabt, so hätte er ja von den 800 übrigen Hufen nicht 200 evinciren können, weil diese den vierten Theil von 800 ausmachen, sondern nur 160. Denn diese machen den fünften Theil aus. Man muß also mit Hugo Donellus[1]) annehmen, der

1) Tr. de evictione ad h. L. Cap. VII. pag. 242. sq.

Evincirende habe auf den vierten Theil des Ganzen Ansprüche gehabt. So läßt sich nun erklären, wie Papinian wegen des vierten Theils im Zweifel seyn konnte, und so läßt sich nun auch sein Entscheidungsgrund verstehen. Wir wollen annehmen, die tausend Morgen Landes wären für 500 Rthlr. gekauft worden. Rechnet man nun die 200 Morgen ab, die die Gewalt des Stroms verschlungen hat; so machen die 200 evincirten Hufen von den noch übrig gebliebenen 800 den 4ten Theil aus. Es würde also der vierte Theil des Werths von 500 Rthlrn. mit dem duplo zu vergüten seyn. Dieß wäre also, wenn man den vierten Theil des Kaufgeldes zu 125 Rthlrn. rechnet, die Summe von 250 Rthlr. Denn der vierte Theil von 1000 Hufen Landes beträgt 250 Hufen. Allein dann müßte ja der Verkäufer mehr vergüten, als evincirt worden ist, daher sagt Papinian, der Theil der Ländereyen, welcher vom Fluß abgerissen worden, kann nicht mitgerechnet werden, sondern ist ein Schaden, den der Käufer, nicht aber der Verkäufer trägt. Von einer Vergütung desselben kann also nicht die Rede seyn. Es sind daher nur die 200 evincirten Morgen dem Käufer zu vergüten. Diese machen den fünften Theil von den gekauften 1000 Morgen Landes aus. Der Käufer fordert demnach vermöge der Stipulatio duplae nur den fünften Theil des Kaufpreises mit 200 Thlrn. Denn das Simplum beträgt 100 Rthlr. Nicht so deutlich, als Donellus, aber doch ohne Aenderung der Worte erklären diese Stelle Cujaz [2]), Callet [3]) und Pothier [4]). Allein

2) Commentar. in Lib. VII Quaestion. Papiniani ad L. 64. D. de evict. und Lib. XXVI. Observation. cap 37.

3) Commentar. ad Tit. Cod. de eviction. ad L. 64. D. h. t. Tom. II. *Thes. Meerman.* pag. 328. sq.

4) Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XLVIII. not. g.

Gerhard Noodt[5]) meint, der vom Papinian angeführte Grund passe nicht zu der Entscheidung. Man müsse daher statt *duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta, praestabitur* vielmehr so lesen: *duplae stipulatio pro parte quarta, non quinta praestabitur.* Nun hat zwar schon Johann Jens[6]), dagegen erinnert, daß Noodt sich in einem offenbaren Irrthum befinde, wenn er meint, es sey auf die Zeit der Entwährung, und nicht der Uebergabe der gekauften Sache zu sehen; allein diese Emendation kann schon darum nicht Statt finden, weil gerade dann, wenn der Käufer Vergütung des ganzen vierten Theils, von welchem der Evincirende Eigenthümer war, fordern könnte, der angeführte Entscheidungsgrund nicht passen würde. Denn nun müßte ja auch der Verkäufer den vierten Theil von den 200 Aeckern vergüten, welche der Fluß abgerissen hat, mithin mehr, als entwährt worden ist. Es ist daher auch ohne Grund, wenn Franz Balduin[7]) die Leseart insofern für unrichtig halten will, daß statt *ducenta* evincantur gelesen werden müsse, *centum et sexaginta* evincantur, weil diese den fünften Theil von den noch übrigen 800 Morgen Landes ausmachten. Denn es war nicht der fünfte Theil, welchen der Evincirende von dem verkauften Ganzen in Anspruch nahm, sondern, wie Donell nur allein richtig einsahe, der vierte. Darum vindicirte

5) Commentar. ad Dig. h. t. §. Vera haec. Tom. II. *Oper.* pag. 470. sq.

6) Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. ad L. 64. D. h. t. pag. 157. (edit. *Lugd. Batavor.* 1764.)

7) Commentar. ad Papinianum de evictione. *Basiliae* 1557. pag. 355. (in *Iurisprud. Rom. et Attica* Tom. I. p. 413.)

er von den übrigen 800 Hufen, 200, und nicht 160. Der Käufer konnte aber seine Entschädigungsforderung nicht auf den ganzen vierten Theil richten, weil die 200 Hufen, welche wirklich evincirt worden, nur den fünften Theil von den 1000 Morgen ausmachten, welche dem Käufer waren verkauft worden. Es ist daher auch diese Aenderung ganz unnöthig, wie schon Westphal[8]) bemerkt hat.

Papinian kommt nun auf den Fall, wenn das ganze Grundstück, welches durch die Gewalt des Stroms eine Verminderung erlitten hatte, nachher evincirt worden ist. Hier sagt er: *iure non deminuetur evictionis obligatio*, d. h. die Prästation der vermöge der Stipulation schuldigen Dupla bleibt dieselbige, welche sie gewesen wäre, wenn die Eviction noch vor erfolgter Verminderung des Grundstücks geschehen wäre. Die Verminderung kommt also auch hier in keine Betrachtung, sondern, der Käufer fordert, der Stipulation gemäß, das Duplum der bezahlten Kaufsumme. So wie also bey einer pars pro indiviso evicta der Käufer den Schaden der Verminderung trägt, so trägt ihn bey dem fundo toto, quem flumen deminuerat, evicto, der Verkäufer. Den Grund dieses Unterschiedes setzt Cujaz darin. Von Zeit des geschlossenen Kaufs an geht die Gefahr des Untergangs, so wie der Deterioration auf den Käufer über. Ist nun nicht der ganze fundus evincirt, sondern nur ein Theil pro indiviso; so darf mehr nicht, als dieser Theil, vergütet werden. Was der Fluß verschlungen hat, ist dem Käufer zu Grunde gegangen, und es würde unbillig seyn, wenn der Verkäufer mehr gewähren sollte,

8) Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe. §. 266. S. 220.

als entwährt worden ist. Wenn hingegen das, was der Fluß nicht abgerissen hat, von einem Dritten vollends evincirt worden ist, der das ganze Grundstück, als das seinige, in Anspruch genommen haben würde; so sey zwar auch das dem Käufer verlohren gegangen, was der Fluß geraubt hat; allein nach dem strengen Recht finde hier dennoch die actio ex stipulatu auf das Duplum des ganzen Werths statt, eben so, als wenn das Grundstück gar keine Verminderung erlitten hätte, und das ganze Grundstük von 1000 Morgen Landes evincirt worden wäre. Papinian, sagt Callet, mußte hier dem strengen Rechte folgen, weil er keinen Ausweg zu einer billigern Interpretation fand. Balduin hingegen erklärt sich den Unterschied so, weil dem Verkäufer mehr zur Last zu legen sey, wenn er eine ganz fremde Sache verkauft, als wenn sie doch wenigstens zum Theil sein Eigenthum ist. Allein man hat nicht nöthig so weit auszuholen, um den Grund dieses Unterschiedes zu finden. Er liegt in der Natur der Sache. Denn ist auf den Evictionsfall das Doppelte, oder mehr oder weniger versprochen worden, so kann dieses immer nur nach dem Preise geschätzt werden, für welchen die Sache verkauft worden ist, die übrige Beschaffenheit der Sache, ob sie unterdessen vermindert, verschlechtert, oder verbessert worden ist, kann durchaus nicht in Betrachtung kommen. Papinian sagt dieses in den folgenden Worten selbst: *non magis, quam si incuria* (sc. emtoris) *fundus aut servus traditus deterior factus sit.* Es steht diese Entscheidung auch mit andern bekannten Grundsätzen in dem vollkommensten Einklange. Denn als bonae fidei possessor steht ja der Käufer dem Eigenthümer, welcher die Sache evin-

cirte, weder für den Zufall noch für die Culpa. Rem quasi suam neglexit[9]). Wie könnte ihm also der Verkäufer bey der Erstattung des stipulirten Werths deshalb etwas in Abzug bringen? Dagegen kann aber auch der Käufer dem Verkäufer die Melioration nicht anrechnen. *Nam et ex contrario non augetur quantitas evictionis*, sagt Papinian, *si res melior fuerit effecta*. Der Verkäufer steht nur für das, was er der Entwährung halber versprochen hat. Hat er nun auf den Fall, da die Sache entwährt werden sollte, das Doppelte des empfangenen Kaufgeldes versprochen, so ist ja nun dieser Fall eingetreten. Er muß also nun auch sein Versprechen erfüllen. Was sich sonst in Absicht auf den Zustand der Sache ereignet hat, ob sich derselbe verschlechtert oder verbessert hat, kann ihm weder zum Vortheil noch zum Schaden gereichen[10]). Genug der fundus, welcher evincirt worden, ist ebenderselbe, welcher verkauft worden war. Ersatz wegen der Verbesserung der Sache mag der Käufer von dem evincirenden Eigenthümer fordern[11]). Man hat also gar nicht nöthig, die Natur einer römischen Stipulation herbey zu ziehen, um sich Papinians Entscheidung erklären zu können. Denn man könnte doch auch hier keinen andern Grund angeben, als den, daß die Bedingung der Stipulation eingetreten sey, wie Donellus[12]) ganz richtig bemerkt hat. Es würde daher

9) *L.* 31. §. 3. *D. de hered. petit.*

10) S. Waechtler ad L. 64. h. t. in *Opuscul.* pag. 139. sqq. und Callet Comm. ad L. 6. C. h. t. nr. 9 et 10.

11) *L.* 16. *C. h. t.*

12) Tr. de evictione. Cap. VII. pag. 246. Man sehe auch *Franc.* Duarenus Comm. ad L. 16. Cod. h. t. *Oper.* pag. 1220.

auch heutzutage keine andere Entscheidung Statt finden können, sondern es müßte immer noch Hermogenians[13]) Ausspruch gelten: Si plus vel minus, quam pretii nomine datum est, evictione secuta, dari convenerit, *placitum custodiendum est.* Hierin beruhet der wahre Grund von Papinians Entscheidung.

Daß auch ein zufälliger Zuwachs, wodurch das Grundstück vergrössert worden ist, eben so wenig in Anschlag komme, als die zufällige Verminderung desselben, bestärkt Papinian noch weiter durch folgenden Satz.

L. 64. §. 1. *D. eodem.* Quod si modo terrae integro, qui fuerat traditus, ducenta iugera per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille iugeribus, quae tradita sunt, fuissent evicta: *quia alluvionis periculum non praestat venditor.*

Das Grundstück von 1000 Hufen Landes hatte durch Alluvion einen Zuwachs von 200 Morgen erhalten. Nachher wurde der fünfte Theil vom Ganzen entwährt. Dieser betrug nun eine Strecke von 240 Aeckern. Hier kann der Käufer vermöge der stipulatio duplae nur den fünften Theil der bezahlten Kaufsumme und zwar gedoppelt fordern, eben so, als wenn von den 1000 Aeckern, welche ihm verkauft worden sind, nur 200 wären evincirt worden. Für Entwährung des neuen Ansatzes, nämlich der vierzig Morgen, vergütet der Verkäufer nichts.

13) *L.* 74. *pr. D. h. t.*

Denn diese hat er ja nicht mit verkauft, er darf sie also auch nicht gewähren[14]).

Nun kann sich aber der Fall ereignen, daß der untergegangene Theil vom Ganzen nachher durch Alluvion wieder ersetzt worden, und dann ein idealer Theil des Grundstücks evincirt wird; wie ist hier das Vergütungs-Quantum zu berechnen? Papinian entscheidet diese Frage auf folgende Art.

§. 2. *L.* 64. *h. t.* Quaesitum est, si mille iugeribus traditis, perissent ducenta, mox alluvio per

14) *Io.* Iensius Strictur. ad Rom. iur. Pand. *pag.* 158. hat sich vergebliche Schwierigkeit gemacht, wie das *periculum alluvionis* zu erklären sey. Er sagt per P. A. intelligo casum, quo non gravetur venditor, id est, ob quem non plus, quam pro modo mille iugerum debeat emtori nomine duplae. — Vocatur autem *periculum* ideo, quia sicut alluvione potest ante evictionem augeri ager venditus, ita et contra potest flumine deminui; in quo casu venditor tantundem debet emtori nomine duplae, quam si fundus esset nunc quoque tantus, quantus tunc, cum venderetur, fuerat. Atque haec est vera in Iure vocis *periculum* vis, ut ad eundem pertineat et detrimentum rei et augmentum. Allein *alluvionis periculum* non praestat venditor, heißt hier nichts anders, als evictionem eius, quod alluvione accessit, non praestat venditor, wie Cujacius in Comm. ad Libr. VII. Quaest. Papiniani Tom. I. *Oper.* pag. 162. diese Worte richtiger erklärt. Der Ausdruck periculum ist in Beziehung auf Entwährung sehr gewöhnlich. *L.* 44. *D. de act. emti et vend. L.* 10. *C. h. t. L.* 19. *C. eod. L.* 26. *C. eodem.*

aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset: pro qua parte auctor teneretur? Dixi, consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine: *sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta:* nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, *pro rata novae regionis* esse intelligi.

Von den gekauften 1000 Hufen Landes hatte die Gewalt des Wassers 200 abgerissen, der Fluß hatte aber an einem andern Theile des Grundstücks eben so viel nach und nach wieder angesetzt. Dieser Fall ist aus den beyden vorhergehenden gemischt, und daher nach eben denselben Grundsätzen entschieden. Zu folge derselben sind die 200 Hufen, welche der Fluß geraubt hat, dem Käufer zu Grunde gegangen Diese abgerechnet, muß also angenommen werden, die jetzige Masse bestehe aus 800 Rest des Erkauften, und 200 neuen Ansatz. Nun werden nachher 200 davon evincirt, als der fünfte Theil vom Ganzen. Dieß macht auf den Rest 160, auf den Ansatz des neuen Landes aber 40 Morgen. Hier vergütet also der Verkäufer nur 160 Denn nur soviel sind von der verkauften Ländereyen entwährt, und diese machen den fünften Theil von den noch übrig gebliebenen 800 Morgen Landes aus. Müßte er den fünften Theil von 1000 Aeckern oder den vierten Theil von dem Rest der 800 Morgen vergüten; so müßte er ja etwas vergüten, was er nicht verkauft, sondern der Fluß erst angesetzt hat. Dieser neue Ansatz geht den Verkäufer nichts an. Alluvionis periculum non praestat venditor. Der Käufer hat den Vortheil

davon, er muß also auch billig das periculum evictionis übernehmen [15]).

Die Entscheidung des Papinian ist also den vorhergehenden Grundsätzen vollkommen gemäß [16]). Denn wenn gesagt wird, daß weder der fünfte Theil von 1000 Morgen, noch der vierte Theil zu gewähren sey; so hat dieß den Grund, weil, wenn 200 Hufen vom Fluß verschlungen worden sind, nicht angenommen werden kann, es sey der fünfte Theil von den noch übrigen 800 Morgen evincirt worden; und wenn gleich die 200 Morgen, welche entwährt wurden, den vierten Theil von 800 Morgen des übrig gebliebenen Landes ausmachen, so sind sie doch nicht blos von diesen 800 Morgen, sondern auch nach Verhältniß von dem Ansatz des neuen Landes evincirt worden [17]).

Nun ist noch der Fall übrig, wenn von dem verkauften Grundstück ein Theil pro diviso, ein abgesonderter Theil, oder der als getrennt vom Ganzen gedacht werden

15) S. Cujacius in Comm. ad Papiniani Quaestiones c. l. pag. 163. Balduinus ad Papinianum c. l. pag. 416. sq. Callet c. l. pag. 329. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Vera. pag. 471. Pothier Pand. Iustin. h. t. Nro. XLVIII. not. k. *Henr.* Cocceji Disputat. de proportionibus. *Heidelbergae* 1671. Cap. II. §. 3.

16) Ohne Noth versucht daher Iensius in Strictur. pag. 158. eine Aenderung der Leseart, um eine vermeintliche bessere Consequenz herzustellen, wie Westphal vom Kaufe §. 267. gezeigt hat.

17) S. Donellus a. a. O. Cap. VII. a. E.

kann, evincirt wird[18]). Papinian entscheidet ihn auf folgende Art.

§. 3. *L.* 64. *h. t.* Ceterum cum *pro diviso* pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio.

Diese Entscheidung weicht zwar von jenem Falle, da ein Theil pro indiviso entwährt worden ist, darin ab, daß hier der abgesonderte Theil nicht im Verhältniß zum Ganzen, sondern nach seiner besondern Güte und Beschaffenheit geschätzt wird, gleichsam als ein für sich bestehendes Ganzes, dessen Werth besonders zu beurtheilen ist. Doch bleibt sich die Entscheidung darin gleich, daß dieser Werth des evincirten Theils nicht nach der Zeit der Entwährung, sondern des geschlossenen Contracts beurtheilt wird.

Beyde Fälle der Entwährung eines Theils pro indiviso und pro diviso faßt Ulpian in folgender Stelle zusammen.

L. 1. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXVIII. ad Sabinum.* Sive tota res evincatur, sive pars, ha-

18) Waechtler in Recitat. ad L. 1. D. h. t. sagt Pars fundi *pro diviso* est talis, quae par certas circumstantias determinatur. Z. B. der Theil ist durch einen Feldweg vom Ganzen getrennt; oder er ist eine Wiese, oder Weinberg, oder ein Gehölze, oder er ist ein zum Ganzen gehöriges Recht, welches aber, als vom Ganzen abgesondert, gedacht werden kann, z. B. der Nießbrauch des Grundstücks. *L.* 15. *D. h. t. L.* 38. §. 3. *D. de Verb. obligat.* S. Donellus de Evictione. Cap. 6. et 7.

bet regressum emptor in venditorem. Sed cum pars evincatur, si quidem *pro indiviso* evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis: quod si *certus locus* sit evictus, *non pro indiviso portio fundi*, pro bonitate loci erit regressus. Quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est: aut quod fuit in agro vilissimum? aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus.

Noch sind folgende Fragmente merkwürdig.

L. 13. *D. h. t.* Paulus *libro V. ad Sabinum*. Bonitatis aestimationem faciendam, cum pars evincitur, *Proculus* recte putabat, *quae fuisset venditionis tempore*, non, *cum evinceretur*[19]).

L. 14. *D. eodem.* Ulpianus *libro XVIII. ad Edictum.* Non in dimidiam quantitatem pretii.

Ein Beyspiel giebt entwährter Nießbrauch[20]).

L. 15. *D. eodem.* Paulus *libro V. ad Sabinum.* Si *ususfructus* evincatur, *pro bonitate fructuum* aestimatio facienda est.

L. 45. *D. eodem.* Alfenus *libro IV. Digestorum a Paulo epitomatorum.* Qui fundum tradiderat iugerum centum, fines multo amplius emptori demonstraverat. Si quid ex his finibus evinceretur, *pro bonitate eius* emptori praestandum ait,

19) Cod. Erlang. liest hier non, cum evinceretur *res*. Eben so Haloander.

20) S. Callet Comm. ad h. Tit. Cod. Cap. V. pag. 337.

quamvis id, quod relinqueretur, centum iugera haberet.

Alles dieses gilt jedoch nur in dem Falle, wenn das Ganze für einen Preis verkauft worden ist. Denn wären für die einzelnen Theile, woraus das Ganze besteht, besondere Preise bestimmt worden, und ein Theil davon wird evincirt, so bleibt es bey dem stipulirten Werthe, ohne darauf weitere Rücksicht zu nehmen, ob dieser Theil besser, als die übrigen ist, oder nicht. Denn hier ist jeder einzelne Theil als ein verkauftes besonderes Stück anzusehen, wie folgende Gesetzstelle bestärkt.

L. 53. pr. D. h. t. Paulus *libro LXXVII. ad Edictum.* Si fundo tradito *pars* evincatur, *si singula iugera venierint certo pretio*, tunc non pro bonitate, *sed quanti singula venierint*, *quae evicta fuerint*, praestandum: etiam si ea, *quae meliora fuerint*, evicta sint.

Ueberall wird aber hier vorausgesetzt, daß ein solcher Theil vom Ganzen evincirt worden sey, welcher homogen ist, oder den Namen des Ganzen auch für sich behält. Denn ist der Theil heterogen, so daß nach verfolgter Trennung nicht mehr an ihm das Ganze zu erkennen ist, wozu er vorher gehörte, z. B. es sind von einem verkauften Hause oder Schiffe einzelne Bretter und Materialien entwährt worden; so kann der Verkäufer wenigstens mit der actio ex stipulatu nicht belangt werden[21]).

L. 36. D. h. t. Paulus *libro XXIX. ad Edictum:* Nave aut domo emta, singula caementa vel

21) S. *Ant.* Schulting Thesium controversar. Dec LXXXVII. Th. 4.

tabulae emptae non intelliguntur: ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor, quasi evicta parte.

Daß die actio ex emto Statt finde, wird in der Folge gesagt werden.

Bey der actio ex stipulatu unterschied man auch genau zwischen Entwährung des ususfructus, und Entwährung der Frucht. Nur erstere war unter der Stipulation mit begriffen, letztere nicht.

L. 62. *§.* 2. *D. h. t.* Celsus *lib. XXVII. Digestorum.* Si fundum, in quo ususfructus Titii erat, — detracto usufructu ignoranti mihi vendideris, — *competit mihi adversus te ex stipulatione de evictione actio.*

L. 38. *§.* 3. *D. de Verbor. obligation.* Ulpianus *lib XLIX. ad Sabinum.* Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel *de usufructu, vel de usu, vel de quo alio iure eius, quod distractum est:* palam est committi stipulationem. *Habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex iure, quod habuit.*

L. 43. *D. h. t.* Iulianus *libro LVIII. Digestorum.* Vaccae emptor, si vitulus, qui post emptionem natus est, evincatur, agere *ex duplae stipulatione* non potest: *quia nec ipsa, nec ususfructus evincitur.* Nam quod dicimus, vitulum fructum esse vaccae, non ius, sed corpus demonstramus: sicuti praediorum frumenta et vinum fructum recte dicimus: cum constet, eadem haec non recte usumfructum appellari.

Ward Anfangs nur ein Theil der Sache evincirt, z. B. ein dingliches Recht an der Sache; es ist aber nachher auch das Ganze entwährt worden, so muß sich der Käufer dasjenige, was er wegen der ersten Entwährung erhielt, auf die Vergütung wegen der letztern von dem stipulirten Duplum abrechnen lassen, denn er darf nicht mehr fordern, als ihm versprochen worden ist.

L. 48. *D. h. t.* NERATIUS *libro VI. Membranarum.* Cum fundus, *uti optimus maximusque est*, emptus est, et alicuius servitutis evictae nomine aliquid emptor a venditore consecutus est, deinde totus fundus evincitur: *ob eam evictionem id praestari debet, quod ex duplo reliquum est.* Nam si aliud observabimus, servitutibus aliquibus, et mox proprietate evicta, amplius duplo emptor, quam quanti emit, consequeretur.

II. Ist wegen der Eviction nichts verabredet, sondern es wird nach der Natur des Geschäfts auf Evictionsleistung geklagt; so ist der Verkäufer nicht nur verbunden, den Werth wieder zu erstatten, welchen er für die Sache erhielt, sondern auch alles übrige Interesse zu vergüten schuldig.

L. 43. *in fin. D. de act. emti et vend.* PAULUS *libro V. Quaestionum.* Empti iudicium non pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris, servum non evinci.

L. 8. *D. h. t.* IULIANUS *libro XV. Digestorum.* Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest, hominem venditoris fuisse. Quare sive partus ancillae, sive hereditas, quam servus

iussu emtoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, *ut praestet licere habere hominem, quem vendidit*, ita ea quoque, quae per eum adquiri potuerunt, praestare debet emptori, ut habeat.

L. 60. *D. h. t.* IAVOLENUS *libro II. ex Plautio.* Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat: nihil venditor praestabit, praeter simplam, evictionis nomine, et *ex natura ex empto actionis* hoc, quod interest.

L. 70. *D. eodem.* PAULUS *libro V. Quaestionum.* Evicta re, *ex emto* actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id, quod interest, competit. Ergo, et si minor esse coepit, damnum emptoris erit.

L. 23. *Cod. h. t.* Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. *Eustochiae.* Cum successores etiam venditoris pro evictione teneri possint, si velut obligata sibi respublica Thessalonicensium pignoris instituat iure persequi, quae comparasti, auctoris heredibus quocumque gradu constitutis adsistere negotio denuntia. Quod[22]) sive praesentibus his fundus, quem emisti, fuerit evictus, sive absentibus: postea, *quanti tua interest rem evictam non esse*, teneri, non *quantum pretii nomine dedisti*, si aliud non placuit, publice notum est.

22) POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 1. Nr. XLIII. not. c. will *Quos* lesen, weil das *quod* keinen rechten Sinn hat.

Daß der Käufer, wenn gleich wegen der Evictionsleistung nichts verabredet worden, dennoch im Entwährungsfalle das Interesse fordern kann, wird also der Natur der actio ex emto zugeschrieben, welche darin besteht, daß der Verkäufer dem Käufer dafür stehen muß, daß er die ihm verkaufte Sache behalten könne[23]). Wird nun blos auf Restitution des Kaufgeldes geklagt, so sind viele[24]) der Meinung, daß dieses dem Käufer allemal zurückgegeben werden müsse, ohne darauf weiter Rücksicht zu nehmen, ob die Sache zur Zeit der Eviction sich in einem bessern oder schlechtern Zustande befinde. Darauf werde nur denn gesehen, wenn zugleich auf das Interesse geklagt werde. Allein das Interesse steht mit dem Kaufgelde in einer so engen Verbindung, daß es bald grösser, bald geringer seyn kann, als der Kaufwerth, den der Käufer für die evincirte Sache bezahlt hat. Die angeführten Gesetze bestätigen dieses klar, wenn man damit noch die Stelle Ulpians *L. 1. pr. D. de act. emti et vend.* verbindet. Nur dann wird der Werth der evincirten Sache blos nach der Zeit des Contracts geschätzt, wenn die Sache unterdessen weder vermehrt noch vermindert worden ist, und es kommt dann nicht darauf an, der Werth der Sache mag, wie es zuweilen die Zeitumstände mit sich bringen, zur Zeit der Eviction gestiegen oder gefallen seyn, die Sache mag das Geld werth seyn, welches der Käufer dafür bezahlt hat, oder auch viel zu theuer gekauft seyn. Der Verkäufer muß den empfange-

23) *L. 11. §. 2. D. de act. E. V.*

24) *Fr.* Duarenus Comm. ad L. 16. C. h. t. *Car.* Molinaeus Tr. de eo quod interest. nr. 8. 69. 70. 83. *Christfr.* Waechtler Comm. ad L. 70. D. h. t. *Opusc.* pag. 167. u. a.

nen Kaufpreis ohne Abzug zurückgeben [25]). Hat hingegen die Sache unterdessen eine Verminderung ihrer Substanz oder eine solche Deterioration erlitten, welche den Werth der Sache mindert, oder hat sie einen solchen Zuwachs erhalten, welcher der Sache nun einen grössern Werth giebt, so wird der Werth der Sache nach dem Interesse des Käufers zur Zeit der Eviction geschätzt [26]). Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 43. D. de act. emti et vend. Paulus *lib. V. Quaestionum.* Titius, cum decederet, Sejae Stichum, Pamphilum, Arescusam [27]), per fideicommissum relinquit [28]), eiusque fidei commisit, ut omnes ad libertatem post annum perduceret. Cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset, nec tamen heredem a sua petitione liberasset, heres eadem mancipia Sempronio vendidit, nulla commemoratione fideicommissae [29]) libertatis facta:

25) S. Callet Comm. ad L. 6. Cod. h. t. n. 8. (*Thes. Meerm.* T. II. pag. 324.) und *Jo. Sam. Frid.* Boehmer Diss. de computatioue pretii in evictionis praestatione. *Halae* 1745. §. 9. 15. 17 et 18.

26) Cujacius Tract. VIII. ad Africanum in L. 44. D. de act. emti et vend. Callet Comm. ad L. 6. C. de evict. nr. 13. Donellus Tr. de evictione Cap. 7. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Quae proxime. Tom. II. *Operum.* pag. 472. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 26. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. LXXXVI. Th. 10. Boehmer cit. Dissert. §. 14. 15. 16.

27) Cod. Erl. hat *Arethusam.*

28) Cod. Erl. *reliquit.*

29) Cod. Erl. *fideicommissariae.*

emptor, cum pluribus annis mancipia supra scripta sibi servissent, Arescusam manumisit: et cum ceteri quoque servi, cognita voluntate defuncti, fideicommissam libertatem [30]) petissent, et heredem ad Praetorem perduxissent, iussu Praetoris, ab herede sunt manumissi: Arescusa quoque, nolle se emptorem patronum habere, responderat [31]). Cum emptor pretium a venditore empti iudicio Arescusae quoque nomine repeteret, lectum est responsum Domitii Ulpiani, quo continebatur, Arescusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutionum, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse post manumissionem a venditore consequi: ego cum meminissem et *Julianum* in ea sententia esse, ut existimaret, post manumissionem quoque emti actionem durare, quaero, quae sententia vera est? Illud etiam in eadem cognitione nomine emptoris desiderabatur, ut sumptus, quos in unum ex his, quem erudierat, fecerat, ei restituerentur. Item quaero, Arescusa, quae recusavit emptorem patronum habere, cuius sit liberta constituta, an possit vel legatariam, quae non liberavit, vel heredem patronum habere: nam caeteri duo ab herede manumissi sunt? Respondi, semper probavi Iuliani sententiam, putantis, manumissione non amittitur eo modo [32]). De sumptibus vero, quos in erudien-

30) Cod. Erl. *fideicommissarias libertates.*

31) C. E. *respondebat.*

32) Statt dieser wohl unstreitig unrichtigen Leseart in der florentinischen Ausgabe, hat Cod. Erl. manumissione non

dum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris, servum non evinci: plane, si in tantum pretium excedisse [33]) proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum, evictum esse eum, qui minimo veniit pretio, iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem.

Titius hatte der Seja drey Sclaven vermacht, den Stichus, Pamphilus und die Arescusa, und ihr auferlegt, alle drey nach einem Jahre in Freyheit zu setzen. Solche Sklaven wurden wie Statuliberi angesehen [34]). Die Legatarin schlug jedoch das Fideicommiß aus. Hierdurch hatte sie aber den Erben von der Forderung des Fideicommisses nicht befreyet [35]). Er hätte also nun selbst die Sclaven manumittiren sollen. Allein statt dessen verkauft er dieselben an den Sempronius, und verschweigt dem Käufer die Bedingung des Fideicommisses. Die Arescusa ward nach mehreren Jahren von diesem Käufer freywillig manumittirt. Unterdessen hatten die übrigen beyden Sklaven den Willen des Erblassers erfahren, und verlangten, demselben zu Folge, ihre Freylassung von

amitti actionem ex emto eo modo. Diese Leseart billiget auch *Jac.* Cuiacius in Commentar. in libr. V. Quaestion. Pauli ad h. L.

33) Cod. Erl. *excessisse.*

34) *L.* 51. §. 3. *D. de fideicom. libertat.*

35) *L.* 33. §. *ult. D. de fideicomm. libertat. L.* 29. *pr. D. de legat. II. L. un.* §. 4. *Cod. de caduc. toll.*

dem Erben. Sie belangten ihn deshalb bey dem Prätor, und auf dessen Befehl mußte er sie so fort freylassen. Die Arescusa erklärte nun auch, sie möge den Käufer nicht zu ihrem Patron haben. Dazu war sie allerdings berechtiget Denn nach den Verordnungen der Kaiser Hadrian und Divus Pius stand ihr noch die Wahl frey zwischen dem Erben und dem Käufer [36]), damit sie keinen härtern Patron erhalte, als der Testirer gewollt hat [37]). Sie wählte also auch den Erben. Der Käufer nahm nun den Regreß gegen den Verkäufer, und verlangte von dem letztern mit der actio emti wenigstens das Kaufgeld zurück. Es entstand daher zuerst die Frage, ob dem Käufer nach erfolgter Manumission noch eine Klage gegen den Verkäufer zustehe? Ulpian und Julian waren deshalb verschiedener Meinung. Ulpian läugnete, daß der Käufer nach der Manumission noch eine Entschädigung von dem Verkäufer verlangen könne. Julian hingegen behauptete, die actio emti finde auch noch nach der Manumission Statt. Diese Meinung hielt Paulus für die richtigere. Wegen der beyden andern Sklaven konnte kein Zweifel entstehen, da sie von dem Erben selbst waren manumittirt worden. Denn deswegen war er genöthiget, sie wieder an sich zu kaufen [38]). Allein wegen der von ihm freygelassenen Arescusa stand ihm der Zweifelsgrund entgegen, er habe sie aus eignem freyen Willen manumittirt [39]). Er schien auch kein pecuniäres

36) *L.* 24. §. *ult.* *L.* 26. *pr.* D. *de fideicomm. libertat.*

37) *L.* 16. *D. eodem.*

38) *L.* 15. *cit. D. eodem.*

39) *L.* 25. *D. de evict.* *L.* 47. *D. de aedilit. Edicto.*

Interesse dabey zu haben, daß sie seine Freygelassene war. Denn einen Freygelassenen zu haben, macht nicht reicher, sagt Ulpian[40]), weil sich das Patronatrecht nicht schätzen läßt[41]). Allein der entscheidende Grund für Julians Meinung war, daß der Erbe dem Käufer die Bedingung des Fideicommisses verschwiegen, und ihm dadurch um sein Patronatrecht gebracht hatte, welches für ihn allerdings ein bedeutender Verlust seyn konnte[42]). Wegen dieses Verlusts steht demselben ohne Zweifel die actio emti zu, und diese Klage konnte ihm daher um so weniger versagt werden, da die Evictionsklage, wenn sie einmal begründet ist, weder durch den Tod noch durch Manumission erlischt[43]). Da nun das Patronatrecht an sich keiner Schätzung fähig war, so war es billig, daß der Verkäufer wenigstens das Kaufgeld zurückgeben mußte. So erklärt sich also Julians Meinung, welcher dafür hielt, manumissione ex emto actionem eo modo non amitti. Hätte die Arescusa sich nicht geweigert, den Käufer zu ihrem Patron zu haben, so wäre von einem Regreß gegen den Verkäufer gar keine Frage gewesen. Denn er hatte sie selbst freywillig manumittirt, und sie blieb dann seine Freygelassene. Der Grund der Regreßklage gegen den Verkäufer, ne emtor et pretium et

40) *L. 126. §. 1. D. de reg. iuris.*

41) *L. 5. §. 5. in fin. D. de praescriptis verbis.*

42) *L. 26. D. h. t.*

43) *L. 16. §. 2. D. h. t.* S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 43. D. de act. emti et vend. und *Jac.* CUJACIUS Tr. VIII. ad Africanum in L. 44. D. eod. et in Comm. in librum V. Quaestion. Pauli ad nostram L. 43. *Oper.* Tom. II. pag. 1060.

libertam perdat, wie Paulus [44]) sagt, fiel solchemnach weg. Ein andere Frage war, wie es wegen Vergütung der Kosten zu halten sey, welche der Käufer auf den Unterricht eines der beyden übrigen Sklaven verwendet hatte? Zwar hätte der Käufer das Kaufgeld für diesen Sklaven schon wieder zurück erhalten, weil der Verkäufer die beyden anderen Sklaven auf Befehl des Prätors wieder einlösen, und manumittiren mußte [45]); allein dieß hinderte dennoch den Käufer nicht, wegen der auf den manumittirten Sklaven verwandten Kosten den Ersatz zu fordern, weil die actio emti nicht blos auf Restitution des Kaufpreises, sondern auch auf alles übrige Interesse geht. Also wegen der Vergütung des gemachten Kostenaufwands an sich konnte kein Zweifel obwalten. Es kam nur auf eine Modificirung der Grösse desselben an. Denn wie wenn der Käufer den Sklaven, den er als einen rohen Menschen für ein geringes Geld erhandelte, auf eine solche Art hätte unterrichten lassen, daß er als agitator bey den Circensischen Spielen die Pferde zu regieren verstand, oder als Pantomim mit Beyfall die Bühne betreten konnte? hierdurch konnte der Sklave zur Zeit der Eviction einen ungemein hohen Werth erhalten haben; mußte also der Verkäufer auch diesen ersetzen? Nein, das wäre zu hart. Mehr als das Doppelte des Kaufpreises braucht er nicht zu ersetzen. Dieß ist das Maximum [46]). Das folgende Fragment wird dieß noch mehr bestärken.

44) *L. 25. D. de fideicomm. libertat.*

45) *L. 15. D. de fideicomm. libertat.*

46) S. Cujacius Comm. in Quaest. Pauli c. l. pag. 1061.

L. 44. D. eodem. Africanus *libro VIII. Quaestionum.* Cum et forte idem mediocrium facultatium sit, et non *ultra duplum* periculum subire eum oportet.

Daß das duplum den doppelten Preis bezeichne, für welchen die Sache gekauft worden ist, wurde schon oben bemerkt.[47])

Es könnte aber auch der Sklave bey dem Käufer schlechter geworden seyn. Hierauf geht das folgende Fragment.

L. 45. pr. D. eodem. Paulus *libro V. Quaestionum.* Idque et Iulianum agitasse Africanus refert: quod iustum est: *sicut minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur.*

Eben dieses bestätigt Paulus

L. 70. D. h. t. Ergo, et si minor esse coepit, damnum emptoris erit.

Ist der Werth der Sache durch die Verwendungen des Käufers erhöhet worden, so kommt es darauf an, ob es solche Verwendungen sind, welche der evincirende Eigenthümer dem Käufer als bonae fidei possessor hätte vergüten müssen, wenn letzterer dieselben durch die ihn deshalb zustehenden Rechtsmittel gefordert hätte, oder nicht. Für erstere leistet der Verkäufer keinen weitern Ersatz, sondern der Käufer muß sich begnügen, wenn ihm der Verkäufer

47) S. Cujacius Tr. VIII. ad Africanum in hanc. L. 44. D. de act. emti et vend.

den empfangenen Kaufpreis zurückgiebt [48]). Nur für letztere kann er die Vergütung vom Verkäufer fordern [49]).

L. 45. §. 1. *D. de act. emti et vend.* PAULUS *libro V. Quaestionum.* Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris, et in eam ego aedificavero, atque ita eam dominus evincit: nam, quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, *doli mali exceptione* summovere, magis est, *ut ea res ad periculum venditoris non pertineat:* quod et *in servo* dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur, *ut dominus mercedes et impensas praestare debeat.* Quod si emptor non possideat aedificium, vel servum, *ex empto* habebit actionem.

L. 9. *Cod. h. t.* Imp. ALEXANDER A. *Terentio.* Si controversia tibi possessionis, quam bona fide te emisse allegas, ab aliquo movetur: auctori heredive eius denuntia: et si quidem obtinueris, habebis quod emisti. Sin autem evictum fuerit, a venditore successoreve eius consequeris, *quanti tua interest:* in quo continetur etiam eorum persecutio, *quae in rem emptam a te, ut melior fieret, erogata sunt.*

L. 16. *Cod. eodem.* Impp. DIOCLET. et MAXI-

48) CUJACIUS in Comm. in libr. V. Quaest. Pauli ad L. 45. D. de act. E. V. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 25.

49) BOEHMER Diss. cit. de computat. pretii in evictionis praestatione. §. 14.

MIAN. AA. *Alexandro* et *Diogeni*. Super empti agri quaestione disceptabit Praeses provinciae: et, si portionem diversae partis esse cognoverit, *impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione, restitui vobis iubebit.* Nam super pretio evictae portionis non eum, qui dominium evicerit, sed auctricem conveniri consequens est.

In beyden Gesetzen des Codex wird ein solcher Fall vorausgesetzt, wo der Eigenthümer die Verwendungen nicht vergütet hat. Z. B. der Eigenthümer war nicht schuldig, den gemachten Aufwand zu ersetzen, weil er dem Käufer blos zum Vergnügen gereichte, oder er war nicht in der Lage, denselben ersetzen zu können, weil es ihm seine Vermögensumstände nicht erlaubten, und es konnte auch davon nichts wieder weggenommen werden; oder der Käufer befand sich zur Zeit der Eviction ohne seine Schuld nicht im Besitz der Sache, um ein Retentionsrecht ausüben zu können [50]. Der Käufer muß sich aber in diesem Falle die erhobenen Früchte, welche er dem Eigenthümer nicht zu restituiren brauchte, auf die Forderung der Meliorationskosten anrechnen lassen. Bey den Sklaven kam es insonderheit darauf an, ob jemand den Sklaven als sein Eigenthum vindicirte, oder ob ein solcher Fall vorhanden war, wo der Sklave in Freyheit gesetzt werden mußte. In dem ersten Falle brauchte der Verkäufer nur das zu

50) S. Cujacius in libr. V. Quaestion. Pauli ad L. 45. D. de act. emti et vend. *Oper.* Tom. II. pag. 1061. Callet Comm. ad L. 9. Cod. h. t. pag 341. und Westphal Lehre vom Kaufe. §. 326. Man sehe auch den 8. Theil dieses Commentars. §. 592.

vergüten, was der Eigenthümer dem Käufer nicht ersetzt hatte. In dem letztern Falle hingegen for erte der Käufer natürlich den Ersatz für die Verwendungen blos von dem Verkäufer, wie Paulus in der angeführten Pandectenstelle lehrt. Es ist übrigens der Unterschied nicht zu übersehen, welchen bey dem allen Paulus macht, ob nämlich der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft hat, oder ob er von dem fremden Anspruche selbst nicht unterrichtet war. Im ersten Falle haftet der Verkäufer unbedingt, und es wird auf alle die Modificationen, zur Bestrafung des Betrugs, keine Rücksicht genommen, deren Paulus oben Erwähnung that, nämlich ob der Kostenaufwand übermäßig sey, oder ob dessen Ersatz von dem evincirenden Eigenthümer zu erhalten gewesen wäre, oder nicht. Denn sey auch dem Käufer darin einige Schuld beyzumessen, so wird sie durch den Dolus des Verkäufers überwogen. Zwar meint Westphal[51]), es sey noch zweifelhaft, ob der Verkäufer in dem Falle, da er in dolo ist, auch bey der Verschuldung des Käufers, wenn dieser die aufgewandten Kosten von dem Entwährer zu fordern unterließ, für deren Ersatz hafte. Allein die Worte des Paulus: *In omnibus tamen his casibus*, si sciens quis alienum vendiderit, OMNIMODO *teneri debet*, lassen keinen Zweifel übrig. Es stimmen auch hierin alle Rechtsgelehrten[52]) überein.

51) Lehre vom Kaufe. §. 326.

52) S. CUJACIUS in libr. V. Quaestion. Pauli ad L. 45. D. de act. E. et V. CALLET Comm. ad L. 9. Cod. h. t. DUARENUS Comm. ad eandem L. 9. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 45. D. de act. emti et vend. *Ge.* FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 905.

Ist der Werth der Sache nicht durch Verwendungen, sondern durch eine wohlthätige Wirkung der Natur erhöht worden; so vergütet der Eigenthümer dafür nichts, er vindicirt diesen Zuwachs mit der Hauptsache als eine Accession derselben. Der Verkäufer aber haftet auch für die Entwährung der Alluvion. Denn sie gehört zu dem Interesse, welches der Käufer mit der actio emti von Rechts wegen fordert. Durch die Entwährung der Hauptsache entgeht ihm ja auch der Nutzen der Accession [53]). Hierher gehört die Stelle des Paulus aus dessen *libro V. ad Sabinum*, welche *L.* 15. *D. h. t.* folgendermassen lautet:

Sed si quid postea *alluvione* accessit, *tempus, quo accedit, inspiciendum.*

Wozu diese Zeitbestimmung, wenn der Käufer nicht auch Ersatz der Accession fordern könnte [54])? Noch deutlicher aber beweißt folgende Stelle, daß dieses von der actio emti gelte.

L. 16 *pr. D. h. t.* POMPONIUS *libro IX. ad Sabinum.* Evicta re vendita, *ex empto* erit agendum de eo, *quod accessit*: quemadmodum ea, quae

POTHIER Pand. Iustin. T. I. Lib. XIX. Tit. 1. Nr. XLV. not. e.

53) S. BOEHMER Diss. de computatione pretii in evictionis praestatione. §. 15.

54) Man versteht dieses so, daß bey einer solchen Accession nicht die Verbesserung, sondern nur die Accession selbst gerechnet werde. S. *Vincent.* CABOTIUS Variar. iuris Disputation. Lib II. cap. 28. (in *Thes. Meerm.* T. IV. pag 640.) und FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 878. sq.

empto fundo nominatim accesserunt, si evicta sunt, simplum praestatur.

Was vom Kaufe gilt, gilt auch von allen übrigen onerösen Geschäften, woraus eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung entsteht, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 66. §. 3. *D. h. t.* Divisione inter coheredes facta, si procurator absentis interfuit, et dominus ratum habuit, evictis praediis, in dominum actio dabitur, quae daretur in eum, qui negotium absentis gessit, ut, *quanti sua interest*, actor consequatur; scilicet *ut melioris, aut deterioris agri facti causa, finem pretii, quo fuerat tempore divisionis aestimatus, deminuat, vel excedat.*

Von drey Miterben des verstorbenen Sejus waren zwey gegenwärtig, und einer abwesend. Die gegenwärtigen schreiten zur Theilung, und bestellen dem abwesenden Erben einen Procurator. Bey dieser Erbtheilung erhält einer von den gegenwärtigen Miterben zu seinem Antheile ein gewisses Grundstück für einen bestimmten Preis. Die übrigen erhalten ihre Antheile in Gelde. Der Abwesende genehmiget die Handlungen des ihm bestellt gewesenen Procurators. Nun geschieht es, daß das Gründstück, welches der eine Miterbe zu seinem Antheil erhalten hatte, evincirt wird. Da die Erben einander für Entwährung haften, so entstand nun die Frage, wie das Interesse des Miterben, welcher dieselbe erlitten hatte, zu bestimmen sey? Daß die Klage, welche hier die actio praescriptis verbis ist[55]), gegen den abwesenden Miterben

55) *L.* 20. §. 3. *D. Fam. ercisc.* *L.* 14. *Cod. eod.* *L.* 7. *Cod. Commun. utriusq. iudicii.* Denn die Erbtheilung

so gut, wie gegen desselben Procurator, Statt finde, hatte keinen Zweifel. Um aber das Interesse zu bestimmen, worauf die Klage gerichtet war, kam es darauf an, in welchem Zustande sich das evincirte Grundstück zur Zeit der Entwährung befand, ob es besser oder schlechter geworden, als es zur Zeit der Theilung war. Darnach ist denn nun auch der gegenwärtige Werth zu schätzen; dieser kann daher den Preis, für welchen das Grundstück dem Miterben bey der Theilung war überlassen worden, übersteigen, er kann aber auch geringer seyn. *Finis pretii* ist also soviel, als quantitas pretii. Die Ausgleichung ist übrigens so zu machen, daß auch der Miterbe selbst, welcher die Entwährung erlitten hat, den Verlust zu seinem dritten Theile mit trägt, folglich die beyden andern Miterben ihm nur zu zwey Dritteln die Entwährung vergüten [56].

Zu dem Interesse, welches mit der aus dem eingegangenen Geschäft entspringenden Klage gefordert werden kann, gehören auch die Zinsen des Kaufgeldes, so weit sie nicht etwa durch die Früchte der Sache schon sind vergütet worden [57]. Desgleichen der durch die Entwährung entgangene Gewinn, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 51. §. 3. D. h. t. Ulpianus *libro* LXXX. *ad Edictum.* Non mirum autem est, ut evicto

wird wie ein Tausch angesehen. *L. 77. §. 18. D. de legat. II.* S. Cujacius Comment. in libr. XXVIII. Quaestion. Papiniani ad L. 66. §. 3. h. t.

56) S. Waechtler Comm. ad L. 66. §. 3. D. h. t.

57) *L. 74. §. 1. D. h. t.* Frantzkius Comm. ad Pand. h. t. nr. 897. und Westphal vom Kaufe. §. 325.

homine, de evictione teneatur heres, quamvis defunctus non similiter fuerit obstrictus: cum et aliis quibusdam casibus plenior adversus heredem vel heredi competat obligatio, quam competierat defuncto: ut cum servus post mortem emptoris heres institutus est, iussuque heredis emptoris adiit hereditatem: nam actione ex empto praestare debet hereditatem, quamvis defuncto in hoc tantum fuit utilis ex empto actio, ut servus traderetur.

Ulpian geht hier von dem Grundsatz aus, der Erbe des Verkäufers könne zuweilen wegen der Eviction haften, wenn gleich der Erblasser nicht auf gleiche Weise verbunden war. Eben so könne aber auch der Erbe des Käufers wegen der Entwährung klagen, wenn gleich dem Erblasser die Klage in der Art nicht zugestanden hätte. Den Beleg zu dem ersten Satz liefert §. 1. dieses Fragments. Es ist der Fall, wenn der Erblasser dem Käufer einen Sklaven verkaufte, der nach des Verkäufers Tode die Freyheit haben sollte. Nur zu dem letztern Satz enthält §. 3. den Beleg. Es ist der Fall, da dem evincirten Sklaven nach dem Tode des Käufers eine Erbschaft zufiel, die ihm beym Leben desselben darum nicht zufallen konnte, weil zu der Zeit der Erblasser noch am Leben war. Der Erbe des Käufers hatte dem Sklaven bereits den Befehl ertheilt, die Erbschaft anzutreten. Hier kann er nun mit der actio ex emto Ersatz dieses ihm entgangenen Gewinnes fordern. Eben dieses sagt auch Julian in der schon oben angeführten *L. 8. D.h.t.* Wäre der Sklave noch bey Lebzeiten des Käufers evincirt worden, so hätte er nur actione emti wegen des entwährten Sklaven klagen können;

allein der Erbe desselben kann nun auch wegen der entgangenen Erbschaft klagen. So sind die Worte: *nam actione ex empto praestare debet hereditatem*, durch Gemination der Sylbe *et* bey dem Worte debet zu erklären [58].

Wird von zwey zugleich gekauften Sachen blos die eine evincirt, so mag die andere immerhin jetzt soviel werth seyn, als beyde kosteten; es kann dennoch wegen der entwährten Sache das Interesse verlangt werden. Genug daß der Käufer die Sache verlohren hat, welche ihn reicher gemacht hätte, wenn sie nicht wäre evincirt worden. So entscheidet, ganz dem Begriff vom Interesse [59]) gemäß, Afrikan libro VIII. Quaestionum.

L. 47. D. h. t. Si duos servos quinis a te emam, et eorum alter evincatur, nihil dubii fore, quin recte eo nomine ex empto acturus sim, quamvis alter decem dignus sit: nec referre, separatim singulos, an simul utrumque emerim.

Bey einem Kaufe mehrerer Sachen begründet also die Entwährung jeder einzelnen unter dem Kaufe begriffenen Sache eine Evictionsklage [60]), wie folgende Stelle lehrt.

L. 72. D. h. t. Callistratus *libro. II. Quaestionum.* Cum plures fundi specialiter nominatim

58) S. *Guil.* Best Ratio emendandi Leges. Cap. XI. §. 8. und Waechtler Comm. ad L. 51. §. 3. D. h. t. in *Opusc.* pag. 110.

59) In tantum *mea interest*, sagt Paulus *L.* 13. *D. Ratam rem.* quantum mihi abest, *quantumque lucrari potui.*

60) S. Cujacius Tr. VIII. ad Africanum in L. 47. D. h. t.

uno instrumento emptionis interposito venierint, non utique alter alterius fundus[61]) pars videtur esse, sed multi fundi una emptione continentur: et quemadmodum, si quis complura mancipia uno instrumento emptionis interposito vendiderit, evictionis actio in singula capita mancipiorum spectatur: et sicut aliarum quoque rerum complurium una emptio facta sit, instrumentum quidem emptionis interpositum unum est, evictionum autem tot actiones sunt, quot et species rerum sunt, quae emptione comprehensae sunt: ita et in proposito non utique prohibebitur emptor, evicto ex his uno fundo, venditorem convenire, quòd una cautione emptionis complures fundos mercatus comprehenderit[62]).

Wird nicht die Sache ganz, sondern nur ein Theil derselben oder eine Zubehörung evincirt, so ist nicht nur die Klage aus dem Contract begründet, sondern es wird auch bey Bestimmung des Interesse zugleich in Anschlag gebracht, was dadurch die Hauptsache am Werthe verloren hat[63]). Daß dieses bey der actio ex stipulatu anders sey, ist schon oben vorgekommen.

Zu dem Interesse gehören endlich auch noch die auf den Evictionsprozeß verwandten Kosten, welche dem Käufer im Falle erlittener Entwährung allemal ersetzt werden müssen, wie folgende Gesetzstelle lehrt.

61) Cod. Erl. ließt alterius *fundi.*

62) Cod. Erl. hat *deprehenderit.*

63) *L.* 8. *L.* 15. §. 1. *et* 2. *L.* 44. *D. h. t. L.* 82. §. 4. *D. de legat. I. L.* 23. §. 1. *D. de Usurpat. et Usucap.* Westphal §. 223. 224. 226. u. 227.

L. 17. *Cod. h. t.* Impp. Diocletian et Maxim. Si cum quaestio tibi super eo, quem comparaveras, moveretur, auctorem tuum certum fecisti, nec citra iudicis disceptationem eum, quem emeras, tradidisti: Praeses provinciae *in damnis*, quae te tolerasse meministi, medelam iuris adhibebit.

Unter den damnis kann hier allerdings auch wohl mehr, als die blossen Prozeßkosten, begriffen seyn. Doch verdient bemerkt zu werden, daß der Ausdruck damnum in der Bedeutung nicht ungewöhnlich ist, daß darunter die Prozeßkosten verstanden werden [64]). Von diesen erklären sie daher auch vorzüglich Frantzke [64]) und Voet [66]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß der Auctor so wenig als sein Bürge sich von der Leistung des Interesse dadurch befreyen könne, wenn er nach der Entwährung, und schon erfolgter Verurtheilung, die evincirte Sache sich wieder zu verschaffen gewußt hat, und solche nun dem Käufer, um alle weitere Ansprüche von sich zu entfernen, anbietet, wenn er ihm nicht auch zugleich die Prozeßkosten und übrigen Schäden vergütet.

64) *L.* 53. *D. de re iudicata. L.* 15. *D. de doli mali et met. except.* S. *Jos.* Finestres Hermogenian. pag. 322. sqq. u. Pothier Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LII. not. a. Es bestärkt dieß auch die Etymologie des Worts *damnum* von dem griechischen Worte δαπάνη, welches soviel als sumtus, impendium heißt. S. *Aegid.* Menagii iuris civ. Amoenitat. Cap. 39. voc. *Damnatio*, *damnum.*

65) Comment. ad Pand. h. t. nr. 914. sqq.

66) Comm. ad Pand. h. t. §. 25.

L. 67. D. h. t. Papinianus *libro X. Responsorum.* Emptori post evictionem servi, quem dominus abduxit, venditor eundem servum post tempus offerendo, quo minus praestet, quod emptoris interest, non recte defenditur.

L. 15. D. de doli mali et metus exceptione. Scaevola *libro V. Responsorum.* Fideiussor evictionis nomine condemnatus, id praedium, quod evictum est [67]), et omnia praestare paratus est, quae iure empti continentur: quaero, an agentem emptorem exceptione ex causa iudicati doli mali [68]) sumovere potest? Repondit, exceptionem quidem opponi posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat [69]).

67) Mehrere Ausgaben lesen hier mit der Taurellischen *evictus* est, als die Charondaische, Russardische und die Gebauerische. Allein schon Taurellius hat durch ein † am Rande seiner Ausgabe *evictum* bemerkt, welches offenbar die richtigere Leseart ist, die auch Haloander und Baudoza haben.

68) Haloander und Baudoza lesen hier quaero, an agentem emtorem *ex causa iudicati exceptione doli mali* summovere potest? Dieser Leseart giebt Brenkmann den Vorzug. Sie wird auch besonders durch die Basilica Lib. LI. Tit. 4. Const. 15. (Tom. V. *Thes. Meerm.* pag. 92.) unterstützt, wo es heißt: *δύναται αὐτὸν κινοῦντα, τὴν τῆς καταδίκης ἀγωγὴν παραγράψασθαι.* i. e. potest eum ex iudicato agentem exceptione repellere.

69) Man vergleiche über beyde Stellen Cujacius Comm. in librum X. Responsor. Papiniani ad L. 67. D. h. t. Waechtler in Comm. ad L. 67. D. h. t. in *Opusc.* pag. 155.

§. 1123.

Welche Rechts- und Sicherheitsmittel stehen dem Käufer oder Besitzer bey einer drohenden Entwährung zu Gebote?

Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung entspringe nun, aus welchem Grunde sie wolle, so kann doch in der Regel auf deren Erfüllung nicht eher geklagt werden, als wenn die Entwährung wirklich erfolgt ist. Denn liegt eine Stipulation zum Grunde, so ist der Fall derselben nicht eher eingetreten, als wenn die Sache wirklich evincirt worden ist. *Duplae stipulatio committi dicitur* tunc, sagt Pomponius *L.* 16 §. 1. *D. h. t.* cum res restituta est petitori, vel damnatus est (sc. emtor) litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est [70]). Ausserdem ist es genug, wenn der Verkäufer den Käufer in den Besitz der Sache gesetzt, und übrigens ohne Betrug gehandelt hat. So lange also der Käufer sich noch im Besitz der Sache befindet, und die Sache zu Folge eines richterlichen Ausspruchs einem Andern noch nicht abgetreten hat, oder so lange derselbe, als Kläger, im petitorischen Prozesse noch nicht vollständig überwunden ist [71]), kann er von dem Verkäufer noch

70) S. den §. 1115. S. 172. und Westphal vom Kaufe §. 263.

71) *L.* 57. *pr. D h. t. Ger* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. § Pergit Tom. II. *Oper.* pag. 465 Thibaut System des Pand. Rechts 1. B. §. 186 der 4. Ausg. Doch kann auch schon die Ueberwindung im Besitzstande die Verbindlichkeit des Auctors wenigstens für den verlornen Besitz in sofern begründen, daß deswegen die actio emti gebraucht werden kann, wenn auch die actio ex stipulatu deshalb nicht gestattet wird, wie Ulpian

keine Evictionsleistung fordern. Dieß ist es, was Paulus *L.* 1. *pr. D. de rer. permut* lehrt: Venditori sufficit, ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo; *itaque, si evicta res non sit, nihil debet.* Eben dieses bestätigen auch die Kaiser Severus und Antoninus, wenn sie *L.* 3. *Cod. h. t.* rescribiren: Qui rem emit, et post possidet, *quamdiu evicta non est,* auctorem suum propterea, quod aliena, vel obligata res dicatur, convenire non potest. Findet aber gleich vor erfolgter Entwährung noch keine Evictionsleistung Statt, so stehen doch dem Erwerber bey einer zu besorgenden Entwährung mancherley Rechts- und Sicherheitsmittel zu[72]). Es muß nur eine erweislich gegründete Besorgniß wirklich obwalten, welche nur dann keines weitern Beweises bedarf,

lib. LXX. ad Edictum lehrt. Es heißt nämlich in der daraus entlehnten *L.* 35. *D. de act. E. et V.* Si quis fundum emerit, quasi per eum fundum eundi agendi ius non esset, et interdicto de itinere actuque victus sit, *ex empto habebit actionem* Licet enim stipulatio de evictione non committatur, *quia non est de iure servitutis in rem actione pronunciatum*, tamen dicendum est, *ex empto* actionem competere. S. Westphal vom Kauf §. 241. und Schweppe Röm. Privatr. §. 437. S. 271, der 2. Ausgabe Altona 1819.

72) S. *Io. Christ.* Mann Commentat. iur. civ. de obligatione auctorum intuitu evictionis imminentis. *Halae Magdeb.* 1776. 8. *Vinc.* Cabotius Variar. iuris publici et priv. Disputation. Lib. II. c. 26. Tom. IV. *Thes. Meerm.* p. 639. *Franc.* Calletius in Comm. ad L. 3. Cod. h. t. *Hug.* Donellus in Comm. ad eand. L. Cod.

wenn ein Dritter wegen der Sache bereits Klage erhoben hätte [73]). Ein blosser Verdacht, es könnte vielleicht ein Dritter Anspruch machen, ist nicht hinreichend, wenn kein Vertrag den Erwerber dazu berechtiget [74]). Um jedoch diese Rechtsmittel näher kennen zu lernen, sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

I) Ist die Sache bereits übergeben, so kann der Erwerber die Gegenleistung so lange zurückhalten, bis ihm sein Auctor Realcaution bestellt hat. Der Käufer kann deshalb dem Verkäufer exceptio doli entgegensetzen, wenn dieser auf die Bezahlung des Kaufgelds klagt [75]). Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 18. *§.* 1. *D. de periculo et commodo rei vend.* Ante pretium solutum dominii quaestione mota, pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis [76]) offerantur.

L. 24. *Cod. h. t.* Diocletian. et Maximin. AA. et CC. *Eutychio.* Si post perfectam venditionem, ante pretium numeratum, rei venundatae mota fuerit quaestio, vel mancipia vendita proclament in libertatem, cum *in ipso limine contractus* [77]) im-

73) *L.* 24. *C. h. t.*

74) *L.* 10. *§.* 1. *D. de resc. vend.* Carpzov P. II. Const. XXXIV. Definit. 34.

75) *L.* 5. *Cod. h. t.* Carl Aug. Buchholz Versuche über verschiedene Rechtsmaterien. Nr. I.

76) Cod. Erlang. lieset eius evictionis *nomine.*

77) In *limine contractus*, d. h. vor gänzlicher Vollziehung des Contracts. *Limen contractus* accipere debemus

mineat evictio, emptorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli, iuris auctoritate monstratur. Unde cum parte pretii numerata, domus, quam emisti, tibi, velut pignoris iure obligatae, ne ad emptionem accederes, denuntiatum ab aliquo proponas, iudex tibi, quae ex emtione veniunt[78]), praestari providebit.

Diese aus der Retentionsbefugniß entspringende exceptio imminentis evictionis seu doli ist zwar nach den angeführten Gesetzen nur eine dilatorische, weil sie den Käufer gegen die Klage des Verkäufers nur so lange schützt, bis letzter wegen der Entwährung Caution bestellt hat. Sollte etwa der Verkäufer verlangen, daß der Käufer so lange die Kaufsumme zur gerichtlichen Deposition abliefern solle, so ist diesem Verlangen nur dann zu deferiren, wenn gegründete Besorgniß nachmaliger Insolvenz eintritt, und vorauszusehen ist, daß Evincent seinem Anspruch rechtlich nicht durchsetzen werde, mithin des Verkäufers Sicherheit die Deposition nothwendig macht[79]). Zuweilen kann aber auch die

ingressum contractus, et totum illud tempus comprehendit, quo nondum emtio ex utraque parte impleta est, id est, nondum res a venditore tradita, et pretium ab emtore numeratum. S. *Hug.* Donelli Commentar. ad Tit. 45. Lib. VIII. Cod. de eviction. ad L. 24. h. t. nr. 2. und *Io. Ulr. de* Cramer Observat. iuris univ. T. II. P. I. Obs. 438.

78) Die Worte: *quae ex emtione veniunt*, gehen auf die dem Käufer zu bestellende Sicherheit. S. Westphal vom Kauf. §. 255.

79) S. *Nic. Christoph.* L. B. de Lyncker Disp. de evictionibus. §. 42. S. auch den 15ten Theil dieses Com-

erwähnte Einrede eine peremtorische werden, wenn nämlich das Recht des Dritten klar am Tage liegt. Hier braucht sich der Käufer nicht der Gefahr der Caution zu unterwerfen, sondern er kann, nach der Regel des Pomponius [80]), *Plus cautionis in re est, quam in persona*, das Kaufgeld ganz zurückhalten [81]). Sind mehrere Sachen zusammen verkauft, und es ist nur eine einzelne davon mit Eviction bedroht, so kommt es darauf an, ob der Kaufpreis im Ganzen festgesetzt worden, oder einzeln für jede Sache. In jenem Falle kann der Käufer das ganze Kaufgeld retiniren. Denn hier ist nur ein Kauf geschlossen [82]), cuius indivisa natura est, wie Venulejus [83]) sagt. Zwar wollen mehrere Rechtsgelehrten [84]) behaupten, der Käufer könne nur soviel vom Kaufgelde retiniren, als der Theil der Sache am Werthe beträgt, dem die Eviction bevorsteht, so wie auch die Caution mit der jedesmaligen Eviction im Verhältniß stehen müsse. Denn es sey eine Regel: *tot evictiones, quot res venditae* [85]). Allein diese Regel gilt nur für den

mentars §. 948. S. 236. u. Buchholz in den angef. Versuchen Nr. I. §. 10. S. 9.

80) *L. 25. D. de div. reg. iuris.*

81) *Ge.* Frantzkius Commentar. in Pand. h. t. nr. 735. Mevius Decis. Tom. II. P. VII. Decis. 398. Carpzov P. II. Const. XXXIV. Def. 37. und Mann Commentat. cit. §. 14.

82) *L. 34. pr. D. de aedilit. Edicto.*

83) *L. 139. D. de Verbor. Obligat.*

84) Burgundus Tr. de eviction. Cap. LXXI. nr. 11. et 12. und Buchholz angef. Versuche Nr. I. §. 14. S. 14. f.

85) *L. 72. D. h. t.*

zweyten Fall, wenn für jede einzelne Sache ein besonderer Preis bestimmt worden ist. Hier würde es gegen Recht und Billigkeit streiten, wegen einer einzelnen mit der Eviction bedroheten Sache das ganze Kaufgeld zurückzuhalten[86]), da hier nicht ein Kauf, sondern so viele einzelne Käufe geschlossen worden sind, als Sachen sind verkauft worden, wie Afrikan im 6. Buche seiner Quästionen sagt[87]). Nur in dem Falle ist mit Afrikan eine Ausnahme zu machen, wenn um der Sache willen, die mit der Eviction bedroht ist, auch die übrigen gekauft worden, so daß wenn die in Anspruch genommene Sache entwährt wird, auch die übrigen dem Käufer nichts mehr nützen. Hier kann der Käufer die ganze Kaufsumme auch wegen der übrigen zurückhalten, weil der Verkäufer auf den Fall der Eviction auch die übrigen zurücknehmen muß. Es ist übrigens begreiflich, warum die Gesetze hier das Mittel der Satisdation d. h. eine Caution durch Bürgen gewählt haben. Denn so lange der Fall der Entwährung noch nicht eingetreten, läßt sich mit Gewißheit noch nicht bestimmen, wie hoch sich das Interesse des Käufers belaufen werde. Da jedoch diese Bürgschaft bey einer bevorstehenden Eviction nur den Zweck hat, die Einrede des Beklagten aus dem Wege zu räumen, und die Zurückhaltung des Kaufgeldes zu verhindern; so folgt, daß der Bürge auch nur für diejenige Eviction haftet, welche desselben Intercession veranlaßte, nicht aber, wenn nachher die Sache von einem Andern aus einem andern Grunde evincirt worden ist[88]).

86) S. *Ant.* Fabri Cod. definition. for. Lib. VIII. Tit. 31. Def. 10. und Mann Commentat. cit. §. 14. p. 38. sq.

87) *L.* 34. *pr. et* §. 1. *D. de aedilit. Edicto.*

88) *L.* 18. §. 1. *D. de peric. et comm. rei vend.* sagt ausdrücklich: nisi fideiussores idonei a venditore *eius*

Denn diese Art der Caution, welche durch Stellung eines Bürgen geleistet wird, ist nur eine Ausnahme von der Regel, weil eigentlich eine bloße Repromission genügen soll [89]). Sie kann also nicht anders als strict erklärt werden. Daher kann auch, wenn bey mehreren zugleich gekauften Sachen von verschiedenen Preisen eine derselben mit der Eviction bedrohet ist, wegen der übrigen nicht bedrohten Sachen von dem Verkäufer keine Satisdation verlangt werden, wenn nicht ein solcher Fall vorhanden ist, wo der Käufer auch wegen der übrigen das Kaufgeld zurückbehalten könnte, nämlich wenn der einen, ohne welche auch die übrigen nicht gekauft seyn würden, die Eviction bevorsteht [90]). Ausser diesem Falle würde man mit Calli-

evictionis (sc. quae intentatur in ipso limine contractus, et propter quaestionem dominii motam timetur) offerantur. S. *Jac.* CUJACIUS Comm. in libr. III. Responsor. Papiniani ad L. 18. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. (*Oper. postum.* a FABROTO editor. T. I. pag. 124.) *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 739. *Nic.* BURGUNDUS Tr. de eviction. Cap. LXXI. nr. 10. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Nic. Christoph. de* LYNKER Diss. de evictionibus §. 37. pag. 78. MANN cit. Commentat. §. 15. pag. 44. Eben dieses gilt auch, wenn gleich bey der Uebernehmung der Bürgschaft die Ursache der bevorstehenden Eviction nicht besonders erwähnt, sondern die Satisdation unbestimmt geschehen wäre. Genug daß die bevorstehende Eviction durch Zurückhaltung des Kaufgeldes die Veranlassung dazu war. S. FRANTZKIUS c. l. nr. 741. Wegen anderer Evictionsfälle haftet daher der Bürge nicht einmahl für die Erstattung des Kaufgeldes. *L.* 64. §. 1. *D. de iudiciis.* LYNCKER c. l.

89) *L.* 4. *L.* 56. *pr. D. h. t.*

90) *L.* 34. §. 1. *D. de aedilit. Edicto.*

stratus[91]) sagen müssen: Evictionum tot actiones sunt, quot species rerum, quae emtione comprehensae sunt. Nach der Meinung vieler[92]), welche auch die Praxis angenommen haben soll, soll jedoch die einmal bestellte Satisdation für alle künftige Evictionsfälle gelten[93]).

II. Ist die Sache noch nicht übergeben, so kann der Käufer, wenn dieselbe mit einer Hypothek beschwert ist, mit der actio ex emto es dahin bringen, daß der Verkäufer sie von der Hypothek freymachen muß, wie folgendes Rescript des Kaisers Antoninus an die Petronia beweißt.

L. 5. Cod. h. t. Ex his praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata, *et necdum tibi tradita sunt:* ex empto actione consequeris, ut ea a creditore liberentur. Idem etiam fiet, si adversus venditorem, ex vendito actione pretium petentem, doli exceptionem opposueris.

Die hier ausgezeichneten Worte: et necdum tibi tradita sunt, enthalten allerdings den Entscheidungsgrund dieses Rescripts, wie Cujaz[94]), Doneau[95]), Callet[96])

91) *L. 72. D. h. t.*

92) Carpzov. P. II. Const. XXXIV. Def. 31. n. 8. *Hartm.* Pistoris Quaestion. iuris P. III. Qu. VI. n. 5. et 6.

93) S. Frantzke l. c. nr. 740. u. *de* Lyncker cit. Disp. §. 37. pag. 78. Man sehe auch Burgundus cit. Tr. Cap. LXXI. nr. 10.

94) Recitation. solemn. in libr. VIII. Cod. ad L. 3. C. h. t.

95) Commentar. ad L. 5. Cod. de Eviction.

96) Commentar. ad Tit. Cod. de evictionib. ad L. 3. 5. 12. et 24. h. t. nr. 3. (in *Thes. Meerm.* T. II. p. 319.)

und Duaren[97]) sehr richtig bemerkt haben. Denn ist die Sache einmal übergeben, und dem Verkäufer fällt kein Betrug zur Last, so hat der Käufer keine Klage gegen den Verkäufer, so lang ihm die Sache nicht abgestritten worden ist[98]), wenn er auch erfahren hat, daß sie mit einer Hypothek beschwert sey[99]). Er kann daher nicht darauf klagen, daß der Verkäufer die Sache von der Hypothek befreye, wenn es nicht ausdrücklich war ausbedungen worden[100]). Der Käufer kann sich nur damit helfen, daß, wenn er das Kaufgeld noch nicht bezahlt hat, und der Verkäufer darauf klagt, er ihm bey bevorstehender Eviction die exceptio doli entgegensetzen, und dadurch den Verkäufer zu einer Realcaution nöthigen kann[1]). Ist aber die Sache dem Käufer noch nicht tradirt, so kann derselbe mit der actio emti gegen den Verkäufer auf Befreyung der Sache klagen. Er kann daher auch die Annehmung der Sache so lange mit Recht verweigern, bis der Verkäufer dieselbe von der Hypothek des dritten Gläubigers freygemacht hat. Hätte daher der Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt, und der Verkäufer wollte gegen den Käufer auf die Bezahlung desselben aus dem Grunde klagen, weil er zur Uebergabe bereit gewesen, und es an dem Käufer gelegen, die Sache anzunehmen; so kann

97) Commentar in Tit. Cod. de evict. ad L. 3. et 5. Cod. h. t.

98) *L. 30. §. 1. D. de act. emti et vend.*

99) *L. 3. Cod. h. t.*

100) *L. 41. pr. D. de contrah. emt. L. 113. §. ult. D. de verbor. obligat.*

1) *L. 24. Cod. h. t. L. 18. §. ult. D. de peric. et comm. R. V.*

letzter ihm die exceptio doli mit Recht entgegensetzen. Mehrere Rechtsgelehrten [2]) sind zwar der Meinung, es komme darauf gar nichts an, ob die Sache dem Käufer schon übergeben worden sey, oder nicht; sondern wenn nur das Kaufgeld noch nicht bezahlt sey, gesetzt auch die Sache sey dem Käufer schon tradirt, so könne letzter gegen den Verkäufer noch auf Befreyung der Sache klagen. Man glaubt auch diese Meinnug durch eine Stelle aus des Scävola siebentem Buche seiner Digesten begründen zu können, welche *L.* 52. §. 1. *D. de action. emti et venditi* folgendermassen lautet.

Praedium aestimatum, *in dotem a patre filiae suae nomine datum*, obligatum [3]) creditori deprehenditur. Quaesitum est, an filius, qui hereditatem patris retinet, cum ab ea se filia abstinuisset dote contenta, *actione ex emto* teneatur, ut a creditore lueret [4]), et marito liberum praestaret [5])? Respondit, teneri.

Ein Vater hatte für seine Tochter dem Eheman derselben ein Grundstück zum Heyrathsgute gegeben, und dieses zu einem gewissen Preise angeschlagen. Nachher fand sich's, daß das Grundstück mit einer Hypothek beschwert sey. Daß die aestimatio dotis als ein Kauf

2) Unter den ältern Rechtsgelehrten Accursius, unter den neuern Mann cit. Commentat. de obligatione auctorum intuitu evictionis imminentis. §. 16.

3) Cod. Erl. obligatum *esse*.

4) Cod. Erl. lieset mit Hinweglassung des *ut*, a creditore *luere*.

5) Cod. Erl. *praestare*.

gilt, ist eine bekannte Wahrheit [6]); und dennoch, meint Scävola, könne der Ehemann auf Tilgung der Hypothek klagen. Dieß ist allerdings ein nicht unbedeutender Zweifelsgrund, den man gewöhnlich so zu heben sucht, daß man sagt, ein Kauf, welcher dotis causa geschieht, sey von einem gemeinen Kaufe sehr verschieden [7]). Denn hier werde das Kaufgeld nicht gleich bezahlt, sondern erst nach getrennter Ehe, als ein Heyrathsgut, der Frau restituirt. Ist nun das Heyrathsgut dem Mann evincirt worden, ohne daß ihm ein dolus oder culpa dabey zur Last fällt, so kann er der Frau, wenn sie nach getrennter Ehe den Werth desselben fordert, die exceptio doli mali entgegensetzen, welche auch durch die Replic nicht entkräftet wird, daß ihr Vater das Heyrathsgut für sie gegeben habe, und sie nicht Erbin desselben geworden sey [8]). Denn da hier die causa dotis, in Beziehung auf

6) *L.* 10. §. 5. *D. de iure dot.*

7) *L.* 16. *D. de iure dot.* S. DONELLUS ad L. 5. C. h. t. nr. 2. und *Vinc.* CABOTIUS Variar. iuris Disputation. Lib. II. cap. 26. (in *Thes. Meerm.* Tom. IV. pag. 639.)

8) *L.* 49. §. 1. *D. Soluto matrim.* PAULUS *libro VII. Responsorum.* Fundus aestimatus in dotem datus, a creditore antecedente ex causa pignoris ablatus est. Quaesitum est, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione summovenda sit? ait enim, se propterea non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non exstiterit. *Paulus* respondit, praedio evicto sine dolo et culpa viri, pretium petenti mulieri *doli mali exceptionem* obesse: consequi enim eam pretium fundi evicti, evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat.

die Frau, blos lucrativ ist[9]), so schade ihr der dolus ihres Vaters[10]). Jedoch stehe der Frau die exceptio doli nur dann entgegen, wenn vor der Eviction nicht bekannt war, daß das Heyrathsgut verpfändet sey. Denn weiß es der Mann vorher, so muß er auf die Befreyung des Heyrathsguts klagen, und es wird ihm billig zur Last gelegt, wenn er es nicht betrieben hat, und das Heyrathsgut aus diesem Grunde evincirt worden ist[11]). Allein es ist noch die Frage, ob denn Scävola wirklich einen solchen Fall vor Augen gehabt habe, da das Heyrathsgut dem Ehemann bereits tradirt war. Daran läßt sich noch mit Grund zweifeln. Denn die Worte: *praedium aestimatum in dotem datum*, geben noch keinen überzeugenden Beweis davon, sondern deuten nur überhaupt auf eine Bestellung des Heyrathsguts hin, welche, wie auch schon Cujaz[12]) bemerkt hat, nicht immer durch eine wirkliche Tradition, sondern sehr oft nur schriftlich in dem instrumento dotali geschiehet, worin der Vater erklärt, er gebe seiner Tochter ein Grundstück zum Heyrathsgute mit, ob er es gleich dem Ehemann derselben noch nicht übergeben hat. Daher finden wir nicht nur, daß die Gesetze[13]) häufig von einem fundo in dotem dato, sed nondum tradito sprechen, sondern daß auch Scävola einen solchen Fall wirklich vor Augen gehabt habe, geben die Worte:

9) *L. ult.* §. 1. *in fin. D. Quae in fraudem creditor.*

10) *L.* 4. §. 29. *D. de doli mali et metus exceptione.*

11) Arg. *L.* 33 *D. de iure dot. et L.* 16. *D. de fundo dot*

12) Recitat. Solemn. in Tit. Cod. de eviction. ad L. 3. h. t.

13) Man vergleiche nur z. B. die *L.* 14. *D. de iure dot.* und *L.* 16. *D. de fundo dot.*

et marito liberum praestaret nicht undeutlich zu erkennen, welche man mit Franz Callet[14]) durch traderet sehr gut erklären kann, so daß also Scävola mit dem Kaiser Antonin vollkommen übereinstimmt.

III. Ist der Contract schon durch die Uebergabe und Gegenleistung von beyden Seiten erfüllt, so kommt es darauf an, ob es ein genannter oder ungenannter Contract ist.

1) Ist der vollzogene Contract ein genannter, so kann der Erwerber bey bevorstehender Eviction nur dann sofort auf Evictionsleistung klagen, wenn der Auctor wissentlich eine fremde Sache dem unwissenden Empfänger übertrug[15]). Denn ist gleich der Verkäufer zur Uebertragung des Eigenthums nicht verbunden, sondern genug, wenn er die Sache dem Käufer übergeben, und diesen in den Besitz der Sache gesetzt hat; so darf er sich doch auch keines Dolus schuldig machen. Denn kann er eines Betrugs überwiesen werden, so findet gegen ihn die Evictionsklage Statt, auch ehe noch die Eviction erfolgt ist. Die actio ex stipulatu wich zwar auch in diesem Falle nicht von der Regel ab, welches die Eigenschaft ihrer Formel mit sich brachte.. Sie setzte also schlechterdings bereits erfolgte Entwährung voraus[16]). Allein der Billigkeit wegen wurde hier die actio ex emto gestattet, bey welcher

14) Commentar. ad L. 3. 5. 12. et 24. Cod. h. t. nr. 3. bey Meerm. Tom. 2. pag. 319.

15) *Jac.* Cujacius Recitat. solemn. ad L. 3. C. h. t. in fin. *Franc.* Duarenus Comm. ad eand. L.

16) *L. 4. D. de act. emti et vend.* *S. Ant.* Fabri Rational. in Pand. ad h. L. von Westphal von Kauf. §. 254. a. E.

der Anschlag des Interesse auch den doppelten Kaufpreis übersteigen kann [17]). Merkwürdig sind hier die Worte des Africanus libro VIII. Quaestionum, welche in *L.* 30. §. 1. *D. de act. E. et V.* folgendermassen lauten:

Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam, *prius quam evincatur*, utiliter me *ex empto* acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, *quia tamen dolum malum abesse praestare debeat*, teneri eum, qui sciens alienam non suam *ignoranti* vendidit.

Spricht nun gleich dieses Gesetz ausdrücklich nur von dem Verkaufe einer fremden Sache, so hat es doch keinen Zweifel, daß es sich auch in dem Falle anwenden lasse, wenn Jemand wissentlich eine mit Hypothek beschwerte Sache einem Unwissenden verkauft hat. Der Verkäufer kann wenigstens, auch noch vor erfolgter Eviction, mit der actio emti belangt werden, daß er die Sache von der Hypothek befreye [18]; dieß hat noch weniger Zweifel, wenn sogar dem Verkäufer das Kaufgeld unter dieser Bedingung wäre bezahlt worden [19]).

2) Gehört der vollzogene Contract hingegen zu den ungenannten, bey denen Uebertragung des Eigenthums Bedingung und wesentliches Erforderniß des Contracts ist; so braucht hier der Empfänger den Entwährungsfall nie abzuwarten, der Veräusserer befinde sich in bona oder

17) *L.* 13. *pr. D. eodem.* Mann cit. Commentat. §. 17.

18) Cujacius Recitat. cit. ad L. 3. Cod. h. t. in fin.

19) Duarenus Comm. ad L. 5. Cod. h. t. *Oper.* p. 1218.

mala fide [20]). Er kann daher, sobald er in Erfahrung gebracht hat, daß die ihm übergebene Sache eine fremde oder einem Dritten verpfändete Sache sey, gegen seinen Auctor mit der actio praescriptis verbis klagen, daß er den Contract erfülle, oder das Interesse leiste [21]). Er kann aber auch die Gegenleistung mit der Condictio ob rem dati re non secuta zurückfordern [22]).

Ausser diesen Fällen findet also, so lange noch keine Entwährung erfolgt ist, sondern solche nur noch bevorsteht, oder blos versucht worden ist, keine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung Statt. Es fragt sich aber, wenn der Dritte, welcher die Sache in Anspruch nahm, zwar mit der Klage abgewiesen, aber doch die Prozeßkosten verglichen und gegen einander aufgehoben worden wären, kann nicht in diesem Falle deren Ersatz von dem Auctor gefordert werden? Viele Rechtsgelehrten [23]) tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen. Sie gehen von dem Grundsatz aus, der Verkäufer sey schuldig, den Käufer

20) S. Calletii Comment. ad L. 3. Cod. h. t. nr. 5. bey Meerman. Tom. II. pag. 319. Mann cit. Comm. §. 19. Westphal vom Kauf. §. 254. a. E.

21) *L. 5. §. 1. D. de praescript. verb.* *L. 4. Cod. de rer. permutat.* *L. 20* *L. 27. D. de solut* *L. 67. pr. D. de div. reg. iur.* S. oben §. 117. S. 184.

22) *L. 5. §. 1. D. de praescr. verbis.* *L. 1. Cod. de rerum permutat.* in fin.

23) *Fr.* Duarenus Comm. ad L. 1. Cod. h. t. ad verba: *Sumtu suo.* Oper. pag. 1216. *Ant.* Gomez Variar. iur. Resolution. T. II. Tit. 2. de emt. et vendit. nr. 47. *Nic.* Burgundus de evictionib. cap. 94. *Andr.* Fachinaeus Controversiar. opere. Lib. II. cap 49 und mehrere von dem letztern angeführte ältere Rechtsgelehrten.

zu vertreten, und zwar auf seine Kosten. Denn der Ausdruck *defendere* heiße soviel, als den Prozeß ganz übernehmen, und schliesse also auch Uebernahme der Prozeßkosten in sich[24]. Andere[25]) hingegen sprechen den Verkäufer von dieser Verbindlichkeit frey, wenn ihm bey dem Prozeß, welchen ein Dritter mit dem Käufer anfing, keine Schuld zur Last fällt, und diese Meinung verdient auch wohl billig den Vorzug. Denn dafür spricht erstens die *L.* 18. *Cod. h. t.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian an einen gewissen Eutychius folgendermassen rescribiren:

Si status tibi super homine venundato mota quaestio est, solemnibus, quae iuris admittit ratio,

24) *L.* 74 § 2. *D. h. t. L.* 75. *D. de procurator. L.* 20. *pr. D. de operis libertor. L.* 3. §. 2. *D. de alienat. iudic. mut. caus. fact.*

25) *Jac.* Cujacius in Comm. ad Tit. Dig. de Verbor. obligat. ad L. 102. h. t. in fin. et in Recitat. solemn. ad L. 1. Cod. de eviction. *Hug* Donellus in Comm. ad L. 18. Cod. de evict. et in Comm. ad Tit. I. Libri XLV. Dig. de verbor. obligat. ad L. 102. h. t. *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. Legg. Cod. ad Tit. de eviction. P. II. pag. 466. sq. *Franc.* Calletius in Comm. ad L. 1 Cod. de evictionib. (in *Thes. Meerm.* Tom. II. pag. 315. nr. 4—7.) *Ge.* Frantzkius Commentar. ad Pand. h. t. nr. 922—929. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. Disp. XLI. Th. 25. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 25. *Ulr.* Huber Praelection. iuris civ. ad Pand. h. t. §. 17. *Ant.* Schulting Thesium controversar. Dec. LXXXVIII. Th. 6. Westphal vom Kauf rc. §. 249.

interpositis[26]), si secundum libertatem fuerit lata sententia, poteris de evictione eius, quem comparaveras, si nesciens eius conditionem comparasti, sine aliqua dubitatione auctorem, vel eius fideiussores, heredesve eorum convenire. *Quod si fuisse servum sententia declaraverit, intelligis ad venditorem te reverti non posse.*

Es war beym Verkaufe eines Sklaven eine Art der Eviction, wenn ein adsertor libertatis auftrat, und bewieß, daß der verkaufte Sklave ein freier Mensch sey[27]). Es war sogar zur Begünstigung der Freyheit angenommen, daß im Nothfall auch der Verkäufer selbst adsertor seyn könne[28]). Daß wegen einer solchen Eviction der Verkäufer eben so, wie wegen einer jeden andern, haftete, leidet keinen Zweifel. Unser Rescript sagt dieses auch selbst. Der adsertor konnte aber auch abgewiesen, und der verkaufte Sklave durch ein richterliches Erkenntniß für das rechtskräftig erklärt worden seyn, wofür er war verkauft worden. Hier soll kein Regreß gegen den Verkäufer Statt finden. Man wendet zwar ein, das Gesetz wolle nur soviel sagen, daß in diesem Falle der Käufer wegen des Sklavens selbst keine Evictionsklage anstellen könne; von den Prozeßkosten hingegen sey hier keine Rede. Der Zweifelsgrund sey gewesen, weil bey

26) Von diesen Feyerlichkeiten einer adsertio in libertatem handeln *Car.* Sigonius de Iudiciis. Lib. I. cap. 21. §. *Fuerunt.* und *Iac.* Gothofredus in Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de liberali causa. Justinian hob sie auf durch die *L. 1. Cod. de assert. toll.*

27) *L. 39. §. 3. D. h. t.* Westphal vom Kauf. §. 236.

28) *L. 25. Cod. h. t. L. 1. Cod. de liberali causa.*

dem Freyheitsprozeß auch noch nach dem richterlichen Ausspruche eine neue Untersuchung und Retractation der causa liberalis Statt gefunden habe[29]). Allein war keine Eviction erfolgt, so verstand sich's ja von selbst, daß auch keine Evictionsklage gegen den Verkäufer habe Statt finden können. Es konnte also hiervon keine Rede seyn, sondern darüber konnte noch die Frage entstehen, ob nicht etwa dem Käufer wegen der ihm durch den Prozeß verursachten Schäden und Kosten eine Klage gegen den Verkäufer zustehe? Dieses ist der ganz natürliche Sinn der letztern Worte, in welchen dem Käufer in dem Falle, da keine Eviction erfolgt ist, aller weitere Regreß gegen den Verkäufer versagt wird. Dieses stimmt auch damit vollkommen überein, wenn die Gesetze[30]) sagen, der Verkäufer habe seiner Verbindlichkeit ein Genüge gethan, wenn er dem Käufer die Sache in seinen Besitz übergeben, sich wegen der Eviction verpflichtet, und übrigens ohne Betrug bey dem Contract gehandelt hat. Behält also der Käufer die Sache in seinem Besitz, ohne daß eine Entwährung erfolgt ist, so ist der Verkäufer ihm weiter nichts schuldig. Si res evicta non sit, venditor emtori nihil debet, sagt Paulus *L.* 1. *pr. D. de rer. permutat.* Daß der Verkäufer den Käufer vor Gericht vertreten müsse, wenn er von dem letztern dazu aufgefordert wird, hat keinen Zweifel[31]), allein daß er es auf seine Kosten thun müsse, dazu verbindet ihn kein Gesetz. Hat ein Drit-

29) *L.* 1. §. 1. *et sqq. D. Ne de statu defunctorum.*

30) *L.* 1. *pr. D. de rer. permutat. L.* 11. §. 2. *L.* 30. §. 1. *D. de act. emti et vend. L.* 57. *pr. D. h. t.*

31) *L.* 74. §. 2. *D. h. t.*

ter mit ihm einen Prozeß angefangen, dessen Anspruch aber von dem Richter nicht als hinlänglich begründet anerkannt wurde, so hat der Richter die Prozeßkosten entweder mit Recht compensirt, oder nicht. In dem letztern Falle hat der Verkäufer das Unrecht, welches der Käufer durch den Ausspruch des Richters erlitten hat, nicht zu verantworten [32]). In dem ersten Falle hingegen mag es der Käufer als einen Unglücksfall ansehen, den er als nunmehriger Eigenthümer billig allein tragen muß [33]). Ein Anders wäre, wenn bey Schließung des Kaufs die ausdrückliche Verabredung getroffen worden, daß wenn ein Dritter den Käufer, der ihm verkauften Sache wegen, aus irgend einem Grunde in Anspruch nehmen sollte, der Verkäufer ihn nicht nur vor Gericht vertreten, sondern auch die Prozeßkosten tragen wolle, es möchte der Dritte seinen Anspruch durchsetzen, oder auch damit abgewiesen werden [34]). Aber auch ohne Vertrag würde der Ver-

32) *L.* 51. *pr. D. de evict.*

33) *L.* 11. *in fin. princ. D. h. t.*

34) *L.* 102. *D. de Verbor. obligat.* Offenbar geht *Frid. Es. a* PUFFENDORF in Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 35. §. 21. zu weit, wenn er aus dieser Stelle beweisen will, der Käufer könne nie wegen der verwandten Prozeßkosten Ersatz fordern, wenn dem Verkäufer weder ein dolus noch culpa zur Last falle, es möge eine Eviction erfolgt seyn, oder nicht. Ausserdem werde immer nach *L.* 102. eine ausdrückliche Verabredung erfordert. Die gewöhnliche Stipulation, rem habere licere, oder quanti emtoris interesset, sey dazu nicht hinreichend gewesen. Allein in dem Falle, wovon die *L.* 102. spricht, hatten ja die Verkäufer dem Käufer auch wegen des auf den Evictionsfall zu leistenden Interesse cavirt, wozu doch

käufer alsdann zum Ersatz der Prozeßkosten, wenn gleich keine Entwährung erfolgt ist, billig verbunden seyn, wenn er, von dem Anspruche des Dritten Wissenschaft habend, die Sache aus dem Grunde verkauft hätte, um diesen Prozeß auf den Käufer zu wälzen. Denn hat er dem

der Verkäufer dem Käufer, auch ohne Stipulation, schon ex natura actionis ex emto verbunden war, wie Javolen *L.* 60. *D. h. t.* sagt; wie läßt sich also der Schluß rechtfertigen, daß ohne Stipulation kein Ersatz der Prozeßkosten Statt finde, wenn auch der Fall der Eviction wirklich eingetreten wäre? Es war ja bey den Römern nichts Seltnes, eine Verbindlichkeit, die schon aus der Natur des Contracts entsprang, durch Stipulation zu bekräftigen. Die Stipulation bey den Prozeßkosten war nur dann nöthig, wenn ein Ersatz derselben bey einer versuchten, aber nicht erfolgten Eviction Statt haben sollte. Puffendorf meint zwar, unter dem Interesse seyen die Prozeßkosten nicht mit begriffen, darum sey eine besondere Stipulation wegen deren Ersatzes auch in dem Falle nöthig gewesen, da die Eviction wirklich erfolgt war. Dieß soll die *L.* 9. *Cod. h. t.* bestätigen. Allein wenn daselbst Kr. Alexander rescribirt, der Käufer könne, wenn er den Prozeß unter dem Beystande des zur Vertretung aufgeforderten Auctors gewonnen hat, nichts weiter verlangen: *quia habeat, quod emerit*; bey erfolgter Eviction hingegen von dem Verkäufer oder desselben Erben das Interesse fordern, worunter auch die Meliorationskosten begriffen seyen; so werden ja dadurch die Prozeßkosten keinesweges ausgeschlossen, weil der Auctor dem überwundenen Erwerber nach *L.* 17. *Cod. h. t.* alle und jede Schäden ersetzen muß. S. *Jac.* Cujacius ad L. 9. Cod. h. t. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 25. *Ant.* Schulting Thesium controversar. Dec. LXXXVIII. Th. 6.

Käufer dieses verschwiegen, so hat er sich eines Dolus schuldig gemacht, für den er billig haften muß [35]).

§. 1124.

Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung erfordert in der Regel von Seiten des Erwerbers eine Litisdenunciation. Wenn muß dieselbe geschehen? Wenn ist sie nicht nöthig?

So lange also noch keine Eviction erfolgt ist, kann auch keine Evictionsleistung gefordert werden, sondern der Erwerber kann nur von seinem Auctor verlangen, daß er ihn in dem Prozeße, in welchen er wegen des auf ihn übertragenen Rechts gerathen ist, beystehen solle, und dieses kann er verlangen, er mag in diesem Prozeße der Beklagte oder auch selbst Kläger seyn [36]). Hierauf gieng nicht nur bey der Duplae stipulatio die Formel, welche Gerhard Noodt [37]), in folgenden Worten restituirt hat: *Et si ea res a me petita erit, vel si eam ab alio petiero, eam recte defendere, postquam tibi heredive tuo denunciavero*; sondern es ist dieses auch schon, ohne Stipulation, an sich Rechtens, wie uns Hermogenian belehrt, wenn er *L.* 74. *§.* 2. *D. h. t.* sagt: Mota quaestione, interim non ad pretium restituendum, sed *ad rem defendendam venditor conveniri potest.* Es ist aber auch von Seite des Käufers Pflicht, dem Auctor von dem entstandenen Rechtsstreite Nachricht zu geben. Nimmt er den Prozeß allein auf sich, ohne seinem Auctor

35) *L.* 30. *§.* 1. *D. de act. emti et vend. L.* 21. *in fin. pr. D. h. t.* S. Callet Comm. ad L. 1. Cod. h. t. nr. 7.

36) *L.* 16. *§.* 1. *D. h. t. L.* 75. *D. de procurator.*

37) Commentar. ad Dig. h. t. §. Porro. pag. 464.

denselben angekündiget zu haben, da ihn doch nichts hieran hinderte; und er geht aus Mangel hinlänglicher Instruction und Vertheidigung verlohren, so sehen die Gesetze ein solches Benehmen als einen Dolus an, und versagen dem überwundenen Käufer billig allen Regreß gegen den Verkäufer und desselben Bürgen, so daß ihm weder die actio ex stipulatu, noch ex dupla, noch ex emto zusteht, wie folgende Gesetzstellen bestätigen.

L. 53. §. 1. *D. h. t.* Paulus *Lib. LXXVII. ad Edictum.* Si, *cum possit* emtor auctori denuntiare, *non denuntiasset:* idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, *hoc ipso videtur*[38]) *dolo fecisse*, et [39]) ex stipulatu agere non potest[40]).

L. 8. *Cod. h. t. Imp.* Alexander A. *Clementino.* Emptor fundi, nisi auctori aut heredi eius denuntiaverit, evicto praedio, neque *ex stipulatu*, neque *ex dupla*, neque *ex emto* actionem contra venditorem vel fideiussorem eius habet.

Diese Anzeige des entstandenen Rechtsstreits, und Aufforderung zur Mitvertretung ist auch sogar von Seite des in den Prozeß Verwickelten alsdann nöthig, wenn auch der Auctor schon anderswoher Wissenschaft erhalten hätte[41]). Denn wenn gleich derjenige keiner weitern Be-

38) Statt videtur ließ unser Cod. Erl. *videbitur*.

39) Das *et* ist hier in der Göttinger Ausgabe vergessen, da es doch in der Taurellischen Ausgabe steht.

40) Der Auctor kann daher auch der gegen ihn angestellten Regreßklage die *exceptio doli mali* entgegensetzen. *L.* 29. §. 3. *in fin. D. de legat. III.*

41) *Ant.* Faber in Cod. definit. *for.* Sabaud. Lib. VIII. Tit. 14. Def. 2. *Andr.* Fachinaeus Controv. opere.

nachrichtigung bedarf, der eine Sache schon weiß[42]); so kommt es doch hier auf diese Wissenschaft allein nicht an; sondern es muß der Auctor zur Vertretung aufgefordert werden. Diese Aufforderung ist die Bedingung, ohne welche in der Regel keine Regreßklage gegen den Auctor gestattet wird[43]). Denn es kommt ja immer noch darauf an, ob der Käufer den Beystand seines Auctors verlangt, oder den Prozeß auf seine eigene Gefahr führen will. Er muß also seinen Willen hierüber erklären, und dieses geschieht dadurch, daß er den Auctor zur Mitvertretung auffordert. So ist nun durch die geschehene Denunciation für beyde Theile gesorgt. Für den Auctor, welchem die Gelegenheit verschafft worden ist, an dem Prozesse Antheil zu nehmen, und dem Käufer die nöthigen Vertheidigungsmittel an die Hand zu geben, wenn er nicht lieber den ganzen Prozeß allein übernehmen will, um hierdurch allen Verdacht einer etwa besorglichen Collusion zu entfernen; aber auch für den Käufer, dem dadurch der Regreß gegen den Auctor gesichert ist, weil die Gefahr der Entwährung nach der Denunciation auf den Auctor übergeht. Nam si denuntiasti ei, qui tibi vendidit, so rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian

Lib. II. cap. 35. in fin. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 22. *Ulr.* Huber Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 14. *Franc.* Duarenus in Commentar. ad L. 8. Cod. h. t. *Hug.* Donellus ad eand. L. 8. nr. 11. pag. 739. et de evictione cap. V. pag. 226. und *Io. Iac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XLI. Th. 19.

42) *L. 1. in fin. D. de action. E. et V. cap. 31. de Reg. iuris in 6to.*

43) *L. 8. L. 9. L. 17. L. 20. in fin. L. 23. Cod. h. t.*

L. 1. *Cod. Ubi in rem actio*, (III. 19.) intelligis, evictionis illi periculum imminere.

Soll jedoch der Zweck der Aufforderung erreicht werden, so muß sie freylich auch tempestive geschehen, wie Hellfeld sagt, d. h. sie muß zu einer Zeit geschehen, wo dem Auctor der Gebrauch aller Vertheidigungsmittel noch offen steht. Dieser Zeitpunct muß nun aus der Lage des Prozesses, und aus den Verhältnißen, in welchen die Partheyen gegen einander stehen, beurtheilt werden [44]). Daher bestimmt auch das Römische Recht keine gewisse Zeit, sondern verordnet nur im Allgemeinen, daß die Denunciation noch vor dem Beschluße der Sache und erfolgter Verurtheilung geschehen müsse. Hierher gehört

L. 29. §. 2. *D. h. t.* Pomponius *Libro XI. ad Sabinum.* Quolibet tempore venditori renuntiari potest, ut de ea re agenda adsit: quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione: *dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat.*

Es wird zwar hier der Grund darin gesetzt, daß auch in der Stipulatio duplae keine gewisse Zeit bestimmt werde; allein es läßt sich darum nicht behaupten, daß die Verordnung dieses Gesetzes blos auf diese Stipulation zu beschränken sey, da es schon in der Natur der Sache liegt, daß Mitvertretung nur so lange Statt haben könne, als der Rechtsstreit noch nicht rechtskräftig entschieden ist. *Res iudicata* enim est, quae finem controversiae pronunciatione iudicis accipit, quod *condemnatione*

44) S. von Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 1. B. Nr. XVII. §. 5. nr. 3. S. 358. der 2. Aufl. *Io. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. T. I. cap. 75. und *Dav.* Mevius Tom. II. P. VIII. Decis. 465.

contingit, schreibt Modestin im 7. Buche seiner Pandecten, woraus *L. 1. D. de re iudicata* entlehnt ist. Man behauptet daher nicht ohne Grund, daß nach dem Römischen Rechte auch wohl noch in der Appellations-Instanz eine Litisdenunciation geschehen könne[45]), weil in dieser Instanz neue Ausführungen und Beweise, welche noch nicht präcludirt, oder für den Auctor unterdessen verlohren worden sind, zugelassen werden[46]). Mit diesen Grundsätzen scheint indessen Labeo nicht übereinzustimmen, wenn dieser *Libro II. Posteriorum a Iavoleno epitomatorum* sagt:

L. 29. §. 3. D. de legatis III. Si heres tibi, servo generaliter legato, Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset: posse te ex testamento agere, *Labeo* scribit: quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis: et hoc verum puto, sed hoc amplius ait, debere te, *prius quam iudicium accipiatur*, denuntiare heredi: nam si aliter feceris, agenti ex testamento opponetur tibi *doli mali exceptio*.

Es ist bekannt, daß der Ausdruck *iudicium accipere* in den Gesetzen von dem Beklagten gebraucht wird, wenn er nach der Römischen Gerichtsordnung mit dem

45) *Ge.* Frantzkius Commentar. ad Pand. h. t. nr. 704. und 705. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 23. in fin. *Frid. Es. a* Puffendorf Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 35. §. 11. et Tom. IV. Obs. 264. *Dav.* Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 400. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1920. in fin. und Jo. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bem. 27.

46) *L. 4. Cod. de temporib. et reparat. appellation.*

Kläger litem contestirte[47]); so wie von dem Kläger im eigentlichen Sinne gesagt wird, er contestire litem[48]). Legt man nun diese Bedeutung zum Grunde, so scheint freylich Labeo von einem andern Grundsatz auszugehen. Cujas[49]) und Callet[50]) meinen zwar, daß dennoch Labeo dem Pomponius nicht widerstreite. Denn Labeo habe hier nicht bestimmen wollen, wenn ehe die Litisdenunciation geschehen müsse, sondern, indem er nur die Nothwendigkeit der Denunciation erfordert, habe er beyläufig diejenige Zeit berührt, da sie gewöhnlich und auch am sichersten geschehe. Daraus folge aber nicht, daß sie nicht auch noch nach der Litiscontestation geschehen könne; so lange noch res integra ist. Der Ausspruch des Pomponius bleibe daher immer die Regel. Allein diese Ansicht haben die wenigsten gebilliget, weil sie glauben, daß die Worte, so wie sie gefaßt sind, allerdings verba dispositiva und nicht blos enunciativ wären. Labeo setze ja hinzu: Nam si aliter feceris, d. h. wenn die

47) *L.* 14. *D. de his, qui not. infam. L.* 8 §. 3. *L.* 16. *D. de procurator. L.* 25. *et* 55. *D. de Rei vind. L.* 28. §. 2. *L.* 30. *L.* 34. *D. de iudic. L.* 35. §. 2. *D. de iureiur. L.* 25. §. 8. *L.* 31. §. 13. *D. de Aedilit. Edicto. L.* 9. *D. de Verb. obligat.*

48) *L.* 10. §. 2. *D. Si quis caut. L.* 28. *D. de novat. et delegat. L.* 11. *pr. D. de pign. act. L.* 11. *D. de iudic.* S. Winckler Discrimen inter litiscontestationem iure veteri ac hod. §. 2. und den 6. Th. dieses Commentars. §. 499. S. 167. f.

49) Recitation. solemn. ad L. 5. Cod. h. t. §. Itemque notandum.

50) Commentar. ad h. Tit. Cod. ad L. 7. 8. et 17. h. t. Cap. I. nr. 5. (*Th. Meerm.* T. II. pag. 330.)

Litisdenunciation nicht auf die vorgeschriebene Art, und und also vor der Litiscontestation geschehen ist, agenti ex testamento opponetur tibi *doli mali exceptio.*

Man sucht daher den hier gefundenen Widerspruch auf andere Art zu heben. Ulrich Huber[51]) glaubt nämlich, man müsse hier das ältere Recht von dem neuern unterscheiden. Anfangs habe die Denunciation schlechterdings noch vor der Litiscontestation geschehen müssen; und von diesem ältern strengen Rechte rede Labeo. Nachher aber sey dieses Recht durch den Gerichtsgebrauch dahin erweitert worden, daß man zum Grundsatz angenommen habe, die Litisdenunciation könne zu jeder Zeit geschehen, so lange noch res integra ist; und dieses neuere Recht lehre Pomponius. Allein da für diesen Unterschied kein hinlänglicher Grund vorhanden ist, so behaupten andere[52]), Labeo sage anders nichts, als was Pomponius gesagt hat. Denn *priusquam iudicium accipiatur,* heiße hier eben soviel, als priusquam feratur sententia. Diese Rechtsgelehrten müssen jedoch selbst gestehen, daß diese Bedeutung nicht sehr gewöhnlich sey. Es ist zwar nicht zu läugnen, daß das Wort *iudicium* in

51) Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 13.

52) *Franc.* Duarenus in Comm. ad L. 8. Cod. h. t. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Porro. und derselbe de foenore et usuris. Lib. III. cap. 15. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. nr 23. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Decad. LXXXVIII. Th. 5. *Ios.* Finestres in Hermogeniani iuris Epitomar. libros VI. ad §. 2. L. 74. D. h. t. nr 6. pag. 500. *Christfr.* Waechtler Commentar. ad §. 2. L. 29. D. h. t. Not. *. pag. 60. und Westphal vom Kaufe. §. 289.

unsern Gesetzen zuweilen für sententia genommen wird[53]); allein nie wird es dann mit dem Wort accipere verbunden[54]), sondern in dieser Verbindung bezeichnet es im-

53) *L.* 1. *Cod. Si adversus rem iudicat.* Auch für res iudicata. *L.* 20. *§. ult. D de tut. et rat. distrah.* S. Brissonius de Verbor. iur. Signif. voc. *Iudicium.*

54) Man beruft sich zwar auf *L.* 1. *pr. D. Si ex nox. causa agat.* und *L.* 46. §. 3. *D. de administr. et peric. tutor.* Allein vergebens. In beyden Stellen wird der Ausdruck *iudicium accipitur*, oder *iudicium acceptum* in keiner andern Bedeutung, als in der gewöhnlichen für Litiscontestation genommen. In Rücksicht der ersten Stelle ist dieses im 3. Th. dieses Commentars §. 250. gezeigt worden. Soviel aber die andere Stelle anbetrifft, so erhellet dieses aus folgender Betrachtung. Es entstand die Frage, ob der Vormund wegen des in seinen Nutzen verbrauchten Pupillengeldes die dafür zu entrichtenden Zinsen auch noch nach geendigter Tutel bis dahin, da er tutelae iudicio belangt worden ist, (*in diem iudicii accepti*) zu bezahlen habe? Paulus beantwortet diese Frage auf folgende Art: finita administratione eas usuras debere computari, quae *in tutelae iudicio* computantur; d. h. die Zinsen können allerdings, bis zur Anstellung der Klage gegen den Vormund, berechnet und gefordert werden. Post iudicium acceptum werden die Zinsen ohnehin officio iudicis zuerkannt; und sie müssen dann bis auf den Tag bezahlt werden, quo tutelam restituit, wie Ulpian *L.* 7. §. 15. *D. eodem*, und Papinian *L.* 1. §. 3. *D. de Usuris* sagt. Wie kann also in diem iudicii accepti durch *in diem sententiae* erklärt werden? zwar sagt Papinian *L. cit.* 1. §. 3. Iudex accipitur in diem sententiae, aber nie wird man den Ausdruck in den Gesetzen finden *sententia accipitur* statt fertur.

mer die Litiscontestation. Die meisten Rechtsgelehrten[55]) sind daher der Meynung, der Ausspruch des Labeo beschränke sich ausnahmsweise blos auf das Evictionsverhältniß bey einem Vermächtniß. Man giebt von dieser Ausnahme verschiedene Gründe an. Man sagt theils, der Legatar verdiene nicht den Rechtsfaveur, wie der Käufer, weil jener blos um einen Gewinn streite, letzter aber Schaden abzuwenden suche; theils zeige sich auch eine Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses darin, daß der Erbe bey dem legato generis verbunden sey, dem Legatar das Eigenthum der ihm übergebenen Species zu übertragen. Der Erbe könne daher, sobald der Legatar in Erfahrung gebracht, daß die ihm übergebene Species eine fremde Sache sey, darum, weil er seiner Verbindlichkeit kein Genüge gethan hat, noch vor erfolgter Entwährung ex testamento belangt werden, um ihm eine andere Species von der Gattung zu geben, welches hingegen bey dem Käufer alles anders sey. Allein wenn man auch die Verschiedenheit dieses Rechtsverhältnisses nicht verkennt, so läßt sich doch daraus noch nicht erklären, warum des-

55) *Hug.* Donellus in Tr. de evictione. Cap. V. pag. 226 et Comm. ad L. 8. Cod. h. t. nr. 12. *Reinh.* Bachov *ab* Echt Not. et Animadvers. ad Treutlerum. Vol. II. Disp. II. Th. 7. Lit. A. Verb. *Illud. non interest.* *Iul.* Pacius Εναντιοφανῶν s. legum conciliatar. Centur. IX. Qu. 72. *Ge.* Frantzkius Comm. ad Pand. h. t. nr. 700. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. nr. 33. Burgundus de eviction. cap. 64. *Pet. de* Greve Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. Exercit. XV. Th. 26. pag. 383. *Io. Balth.* L. B. *a* Wernher Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 252. u. a. m.

wegen der Legatar noch vor der Litiscontestation den Erben zur Mitvertretung auffordern müßte, und sich sogar eines Dolus schuldig mache, wenn er es nicht thue. Prüfen wir alle diese verschiedenen Ansichten genau, so dürfte wohl die Meinung des Cujas den Vorzug behalten. Denn es kann wohl nicht bezweifelt werden, daß es immer das Sicherste sey, seinem Auctor ungesäumt litem zu denunciiren, weil ihm sonst vielleicht die Vertheidigungs- und Beweismittel verloren gehen könnten, mit denen er gleich Anfangs uns hätte unterstützen können, und man müßte sich dann mit der exceptione doli mali zurückweisen lassen. Dieß läßt sich auch, wie schon Samuel Stryk[56]) bemerkt hat, nicht undeutlich aus den Worten schließen: *quia si aliter feceris, agenti ex testamento opponetur tibi doli mali exceptio.* Nach dieser Ansicht ist daher nicht nöthig bey den Vermächtnissen eine Ausnahme zu machen, sondern es wird das Nämliche gelten, was beym Kaufe und in allen übrigen Fällen Rechtens ist, in denen eine Evictionsleistung Statt findet. Vollends ganz unpractisch ist daher der Unterschied, welchen Samuel von Cocceji[57]) zwischen negotia bonae fidei und stricti iuris macht, wenn er auf jene die *L.* 29. §. 2. *D. h. t.* und auf diese, zu denen er die Legata zählen will, die *L.* 29. §. 3. *D. de Legat. III.* bezieht.

Die Regel, daß bey unterlassener Verkündigung des Rechtsstreits und Aufforderung zur Mitvertretung kein

56) Us. mod. Pand h. t. §. 40. Man sehe auch *Io.* SCHILTER in praxi iur. Rom. Exerc. XXXIV. §. 26.

57) Iur. civ. controv. P. II. h. t. Qu. 13.

Regreß gegen den Auctor Statt finde, hat jedoch mehrere Ausnahmen [58].) Dahin gehört,

1) wenn die Prozeßverkündigung durch Vertrag erlassen worden ist [59]).

L. 63. D. h. t. Modestinus *libro V. Responsorum.* Herennius Modestinus respondit, non obesse ex emto agenti, quod denunciatio pro evictione interposita non esset, *si pacto ei remissa esset denunciandi necessitas.*

In Rücksicht des Bürgen, als zweyten Auctors, haben schon die Gesetze selbst dem Käufer die Nothwendigkeit der Denunciation erlassen. Es bedarf also in Ansehung desselben keines Vertrags.

L. 7. Cod. h. t. Imp. Alexander. A. *Hilariano.* Auctore laudato, si evicta res est, fideiussorem (*etiam si agi causam ignoraverit*) conveniri evictionis nomine posse, non ambigitur.

Man würde das Gesetz sehr unrichtig verstehen, wenn man aus den Worten *auctore laudato* schließen wollte, es sey dem Käufer die Verbindlichkeit, dem Bürgen von dem Prozeß besondere Nachricht zu geben, nur unter der Voraussetzung erlassen worden, wenn die Verkündigung dem Auctor oder Verkäufer geschehen sey. Sie liege also dem Käufer gegen den Bürgen in dem

58) S. *Franc.* Callet Comment. ad. L. 8. Cod. h. t. Cap. I. nr. 6. pag. 330. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 22.

59) *Henr.* Luis Diss. de indole et effectu pacti, quo litis denunciatio remittitur, et evictionis praestatio firmatur. *Gissae* 1751. 4.

Falle ob, wenn sie der Auctor dem Käufer erlassen habe, und zwar dann um so mehr, weil der Vertrag den Bürgen nicht binde, und auch ihm daran gelegen sey, von dem Prozesse Nachricht zu erhalten, um sich in Zeiten wegen des Regresses gegen den Auctor vorsehen zu können. So dachte auch Mevius [60]); allein er hat hier ganz Unrecht. Denn bey dem Bürgen fällt der Zweck der Streitverkündigung, nämlich Vertheidigung des Denuncianten, weg. Er ist bloß, zur Sicherheit der dem Auctor obliegenden Hauptverbindlichkeit der Evictionsleistung, beygetreten. Ist nun diese in der Person des Auctors, auch ohne die sonst nöthige Denunciation, begründet, so muß der Bürge dafür haften [61]). Zuweilen ist jedoch dem Käufer auch von Seiten des Auctors die Nothwendigkeit der Denunciation stillschweigend erlassen, nämlich wenn er sich unaufgefordert vor Gericht stellt, und den Käufer vertritt [62]). Da übrigens der Denunciationserlassungs-Vertrag zu Gunsten des Käufers ist eingegangen worden, so wird er dadurch eben so wenig gehindert, den Verkäufer demungeachtet zur Vertretung förmlich aufzufordern, besonders wenn es ihm an den nöthigen Beweismitteln fehlen sollte, welche der Verkäufer in Händen hat; als der Auctor da-

60) Tom. II. P. VIII. Decis. 466.

61) Est enim fideiussio accessio obligationis principalis, et in totum ex ea pendet. §. 5. I. de fideiussor. S. *Hug.* DONELLUS Comm. ad L. 7. Cod. h. t. *Ge.* FRANTZKIUS in Commentar. ad Pand. h. t. nr. 693. *Henr.* LUIS Diss. cit. §. IX. pag. 30. und Westphal vom Kaufe. §. 297.

62) LUIS cit. Diss. §. 8. pag. 27. *de* LYNCKER Diss. de evictionibus. §. 10. p. 13. et FRANTZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 682.

durch gehindert wird, sich freiwillig in den Proceß einzumischen, und die Vertheidigung des Käufers zu übernehmen [63]).

2) Wenn der Auctor die Denunciation vorsätzlich verhindert hat, ohne daß dem Denuncianten ein Versehen dabey zur Last fällt [64]).

L. 55. §. 1. *D. h. t.* ULPIANUS *lib. II. ad Edictum Aedil. curulium.* Praesenti autem venditori denuntiandum est: sive autem absit, sive praesens sit, *et per eum fiat, quo minus denuntietur,* committetur stipulatio.

L. 56. §. 5. *D. eodem.* PAULUS *lib. II. ad Edictum Aedil. curul.* Simili modo tenetur *et qui curavit, ne sibi denuntiari possit.*

3) Wenn der Auctor abwesend, und sein Aufenthalt völlig unbekannt ist, ohne diese Abwesenheit vorsetzlich veranstaltet zu haben [65]).

L. 56. §. 6. *D. eodem.* Sed et si nihil venditore faciente, *emptor cognoscere, ubi esset, non potuit,* nihilo minus committitur stipulatio.

63) *L.* 20. *C. h. t.* LUIS cit. Diss. §. XV et XVI.

64) Es kann nämlich in einem solchen Falle, da der Denunciat absichtlich zu vermeiden sucht, damit ihm die Denunciation nicht zugehen könne, die Denunciation auch dem Bevollmächtigten desselben, oder durch Anheftung an sein Haus geschehen. *L.* 5. §. 2. *D. Quod vi aut clam.* S. CALLET c. l. n. 6. pag. 330.

65) CABALLINUS de eviction. §. 3. nr. 98. glaubt, daß in diesem Falle eine Edictal-Citation nöthig sey. Man sehe auch FRANTZKE Commentar. h. t. nr. 678.

In allen diesen Fällen wird jedoch vorausgesetzt, daß sich der Käufer bey Führung des Prozeßes seiner Seits keine Versäumniß habe zu Schulden kommen lassen; denn er wird dadurch von der Vertheidigung der Sache nicht frey, so weit sie ihm möglich war, sonst kann ihm die exceptio doli entgegengesetzt werden [66]).

4) Wenn der Auctor arglistig eine fremde Sache übergab. Hier haftet er auf jeden Fall für seinen Dolus [66]).

5) Wenn sonst aus den Acten klar nachgewiesen werden kann, daß, der Denunciation ungeachtet, der Prozeß dennoch keinen andern Ausgang hätte gewinnen können, weil das Recht des Entwährers so unzweifelhaft war, daß eine Aufforderung zur Vertretung unnütz gewesen seyn würde. Ein bestimmtes Gesetz ist zwar darüber nicht vorhanden. Man führt freylich wohl die *L. 11. §. 12. D. de act. emti et vend.* als Beleg für diese Ausnahme an, wo Ulpian sagt: Idem (Neratius) *libro secundo Responsorum* ait, emtorem noxali iudicio condemnatum, ex emto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit [68]). Idemque putat,

66) *Ge.* Frantzke Commentar. in Pand. h. t. nr. 676. u. *Henr.* Luis cit. Diss. §. 13.

67) *L. 30. §. 1. D. de act. emti et vend. L. 21. in fin. princ. D. h. t.* S. Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 448.

68) Dieß heißt nicht, wie es die *Basilica* Tom. II. Lib. XIX. Tit. 8. const. 5. pag. 388. übersetzen, soviel als er wirklich geleistet hat, (ἢ ὅσον παρέσχεν) sondern, wodurch er sich von dem Noxalanspruche am leichtesten hätte befreien können. Z. B. wenn der Schaden, wes-

et si ex stipulatu aget, et sive defendat noxali judicio, sive non, *quia manifestum fuit noxium servum fuisse*, nihilo minus vel ex stipulatu, vel ex empto agere posse. Es ist auch nicht zu läugnen, daß hier ein eklatantes Beyspiel von einem solchen Falle angeführt wird, wo das Recht des dritten Klägers wegen des auf den Sklaven haftenden Noxalanspruchs so unzweifelhaft war, daß eine Vertheidigung gegen die Klage nicht von Wirkung seyn konnte. Allein es wird hier, wie auch schon Bachov[69]) und Voet[70]) erinnert haben, theils nicht gesagt, daß die Denunciation unterlassen worden sey, theils ist hier von einer fehlerhaften Sache die Rede, nämlich von einem Sklaven, der eine noxa, d. h. ein Privatverbrechen oder Quasi-Delict begangen hatte, weshalb der Käufer von dem Beschädigten war in Anspruch genommen worden. Einen solchen Fehler mußte der Verkäufer nach dem Edict der Aedilen dem Käufer bestimmt anzeigen[71]), auch wegen der zu befürchtenden Noxalklage, und des damit verbundenen Regresses, besondere Versicherungen geben, oder im Verweigerungsfalle gewärtigen, daß ihm der Sklave redhibirt werde[72]).

halb geklagt worden war, weniger, als der Werth des Sklavens, betrug, so durfte er den Sklaven selbst nicht noxae dare; er bekommt hier nicht den Werth des Sklavens, sondern blos den Schadensbetrag ersetzt, wenn er mit der actio emti gegen den Verkäufer auf seine Entschädigung klagt.

69) Not. ad *Treutlerum*. Vol. II. Disp. II. Th. VII. lit. A. Verb. *Quid si causa venditoris*. pag. 82.

70) Comm. ad Pand. h. t. §. 22.

71) *L.* 1. §. 1. *L.* 17. §. 17. *D. de aedilit. Ed.*

72) *L.* 28. *D. eodem.*

Ob aber die Sache dem Verkäufer eigen gehöre, oder eine fremde Sache sey, ob sie mit einer Hypothek behaftet sey oder nicht, braucht der Verkäufer dem Käufer nicht anzuzeigen, sondern es ist genug, wenn er dem Käufer dafür steht, daß er sie in seinem Besitz behalten darf. Wird nun der Käufer von einem Dritten in Anspruch genommen, wie will derselbe mit Ueberzeugung beurtheilen können, ob der Anspruch des Dritten gerecht oder ungerecht sey, ohne den Auctor zur Mitvertretung aufgefordert zu haben? Erwägt man überdem, daß die Gesetze die Regreßnehmung des Käufers von der Bedingung der Litisdenunciation schlechterdings abhängig machen; so darf man sich nicht wundern, wenn es nicht an Rechtsgelehrten [73]) fehlt, welche einer ganz entgegengesetzten Meinung sind. Sollte indessen aus den Acten klar hervorgehen, oder auch von dem Käufer rechtlich erwiesen werden können, daß die Aufforderung zur Vertretung wegen des unzweifelhaften Rechts des Entwährers ganz vergeblich gewesen seyn würde; so kann dann auch wohl den Käufer der Vorwurf nicht treffen; er sey darum überwunden worden, quoniam parum instructus esset, wie Paulus sagt *L.* 53. §. 1. *D. de evict.* Es kann ihm denn auch die Einrede nicht entgegengesetzt werden, daß er dolose gehandelt habe, weil der Zweck der Denunciation, nämlich daß in der Vertheidigung der Sache gegen die Ansprüche des Dritten nichts versäumt werde, unter den gegenwärtigen Umständen nicht erreicht wer-

73) *Henr.* HAHN Observat. ad *Wesenbecium.* h. t. nr. 5. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 179. und Adnotat. ad *Mencken* doctr. de actionib. not. 603. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 590. nr. III.

den konnte. So urtheilen dann auch ältere und neuere Rechtsgelehrten [74]) nach Recht und Billigkeit.

§. 1125.

Litisdenunciation. Wem? wie? und zu welchem Zweck geschieht sie?

Der Ausdruck *Litis denunciatio* bezeichnet im allgemeinen Sinn diejenige Handlung, wodurch einem Andern, dem daran gelegen ist, Nachricht von einem erhobenen Rechtsstreite vermöge rechtlicher Nothwendigkeit in der Absicht gegeben wird, um daran Theil zu nehmen. In dieser Bedeutung konnte nach der alten römischen Gerichtsordnung der Beklagte verlangen, daß ihm lis in der hergebrachten feyerlichen Form von dem Kläger denunciirt werde, sonst konnte er ihm die exceptio denunciatio-

74) *Reinh.* Bachovius c. l. *Ge.* Frantzkius Comm. in Pand. h. t. nr. 667—672. *Andr.* Fachinaeus Controvers. op. Lib. II. cap. 37. *Ge. Ad.* Struv Synt. iur. civ. P. II. Exerc. XXVII. Th. 33. et *Pet.* Müller ad Eundem. not. β et γ. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 22. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29. *Augustin.* a Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXLI. med. 7. pag. 847. *Frid. Es.* a Puffendorf Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 35. §. 15. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. I. §. 29. pag. 737. Ad. Diet. Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 5. S. 42 ff. von Gönner Handbuch des deutsch. gem. Prozesses 1. B. Nr. XVII. §. 6. Nr. 9. S. 361 ff. Hofacker Princ. iur. civ. R. G. T. III. §. 1921. lit. C. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 188. lit. d.

nis non factae entgegensetzen [75]). Diese *Litis denuntiatio* war also eine feyerliche Verkündigung der bey Gericht angebrachten Klage, welche dem Beklagten durch den competenten Magistrat [76]) zu dem Ende geschahe, um zu einer bestimmten Zeit vor Gericht erscheinen, und der gerichtlichen Untersuchung über die Zuständigkeit und Impetration der Klage beywohnen zu können [77]). Von dieser Denunciation handelt ein ganzer Titel im Theodosianischen Codex [78]), welcher aber in dem Justinianischen Codex darum weggelassen worden ist, weil zu Justinian's Zeiten die denuntiationum ambages, von welchen schon die Kaiser Arcadius, Honorius und Theodosius in einer eigenen Verordnung [79]) mehrere Klagen ausgenommen hatten, ausser Gebrauch gekommen waren, wie aus §. 15. *I. de action.* und der sehr interpolirten *L. ult. Cod. de Interdictis* erhellet [80]). In einigen Stellen der Pandecten [81]) geschieht zwar noch der Denunciation Erwähnung, es

75) *L.* 3. *Cod. Th. de denunciat. Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad. h. L.

76) *L.* 2. *C. Th. eodem.*

77) *L. un. Cod. Theod. de dolo malo.* Man sehe meine Opuscula Fasc. II. pag. 356—362.

78) *Lib. II Tit.* 4. *de denunciatione vel editione rescripti.*

79) *L.* 6. *Cod. Theod. de denunciatione.* S. meine Opusc. Fasc. II. pag 360. Not. 53.

80) S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 1. et L. 6. Cod. Theodos. de denunciat.

81) *L.* 7. *D. de inoff. test. L.* 20. §. 11. *D. de heredit. petit.*

scheint auch daselbst dieser Ausdruck im technischen Sinne für eine solche Benachrichtigung des Beklagten von der wider ihn angestellten Klage genommen zu seyn, welche auf eine legale feyerliche Art bewirkt worden; es mochte aber doch ihre Form von der ältern sehr abweichen, wie man daraus abnehmen kann, weil es gleichviel war, von wem sie geschahe [82]). Hier ist von einer solchen Streitverkündigung die Rede, wodurch ein Dritter zur Mitvertretung aufgefordert wird, welcher für Schadloshaltung haftet, wenn der Prozeß verloren wird, und diese findet nicht blos in Evictionsfällen Statt, sondern es kann von ihr in allen Fällen Gebrauch gemacht werden, wo ein Dritter zur Schadloshaltung verbunden ist, dem daher auch an dem Ausgange des Prozesses wesentlich liegt [83]). So muß z. B. der Bürge dem Schuldner litem denunciiren, wenn er aus der Bürgschaft belangt wird, um sich den Regreß gegen den Schuldner zu erhalten [84]). Die Litisdenunciation in dieser Bedeutung setzt also einen unter zwey Partheyen entstandenen Rechtsstreit, und eine dritte Person voraus, welche einem der streitenden Theile für den Schaden haftet, zu dessen Abwendung sie ihm in diesem Streite beysteht. So ergiebt sich denn daraus der neuere Begriff der

82) Man sehe Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 8. S. 55 ff. und Not. 86. und 87.

83) S. von Gönner Erörterungen über den Prozeß. Nr. XXXIX. S. 251. und desselben Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 1. Band Nr. XVII. §. 1. 2 und 3. auch Leyseri Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim CCXLI. medit. I. Anderer Meinung ist jedoch Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 191.

84) *L. 10. §. 12. D. Mandati.*

Litisdenunciation, wenn darunter diejenige Handlung verstanden wird, da ein streitender Theil von dem Rechtsstreite, in welchen er verwickelt worden, demjenigen, der ihm deshalb zur Schadloshaltung verbunden ist, zu dem Zweck Nachricht giebt, daß er ihm bey Führung desselben beystehe. Die Nothwendigkeit einer solchen Denunciation erkennt nun das Römische Recht vorzüglich in Evictionsfällen [85]). In dieser Beziehung ist daher Litisdenunciation hier diejenige Handlung, da Jemand seinem Auctor Nachricht giebt, daß er wegen des auf ihn übertragenen Rechts in einen Prozeß verwickelt worden sey, und von ihm verlangt, daß er ihn wider seinen Gegner vertheidigen helfe [86]). Die Gesetze nennen dieses Auffordern zur Mitvertretung, auch *auctorem laudare* [87]), und Cujaz [88]) meint, es sey dabey die

85) *L.* 1. *Cod. de peric. et commodo rei vend. L.* 8. *L.* 20. *L.* 21. *L.* 29. *C. h. t. L* 53. §. 1. *D. eodem. L.* 63. *pr. D. eodem.*

86) *Franc.* Calletus in Comm. ad L. 7 et 8. Cod. de evict. (bey *Meerman.* Tom. II. pag. 330.) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Porro. p. 464. *Io. Sam.* Stryk Diss. de litis denunciatione. *Halae* 1711. und *Ge. Lud.* Kruckenberg Diss. de litis denunciatione. *Gött.* 1784.

87) *L.* 6. §. 5. *D. de act. E et V. L.* 63. §. 1. *D. h. t. L.* 7. *L.* 14. *Cod. eodem. Laudare* heißt hier soviel als nominare et appellare. Gellius *Noct. Attic.* Lib. II. c. 6. Macrobius *Saturn.* Lib. VI. c. 7. et Festus voc. *Laudare.* In einem andern Sinn ist die Benennung des Auctors an einem andern Orte vorgekommen. S. den 8. Th. dieses Commentars §. 586. S. 198 ff.

88) Paratitl. in h. Tit. Pand. und Recitation. solemn. ad L. 8. Cod. h. t.

Formel üblich gewesen: *Quando te in iure conspicio, postulo, uti auctor fias*, welche uns M. Valerius Probus ganz, nur einen Theil davon aber Cicero[89]) aufbehalten hat. Er erklärt die Worte: *ut fias auctor* so, ut defensionem rei suscipias. Auch Franz Polletus[90]) meint, diese Formel könne sehr wohl auf den Auctor bezogen werden, der für die Entwährung haften mußte, und Janus a Costa[91]) glaubt daher, die Aufforderung zur Vertretung habe vor Gericht geschehen müssen, wenn der Auctor daselbst gegenwärtig war. Allein daß jene Formel eine ganz andere Beziehung und Deutung hatte, ist schon an einem andern Orte[92]) vorgekommen. Eben so wenig läßt sich auch aus der von Janus a Costa angeführten *L. 55.* §. 1. *D. h. t.* beweisen, daß die Denunciation habe in iure geschehen müssen. Denn die Worte: *Praesenti* autem *venditori* denunciandum est, gehen offenbar nicht auf eine Gegenwart im Gericht, sondern beziehen sich blos auf den Wohnort des Denunciaten, wie aus den folgenden Worten: Sive autem absit, sive praesens sit, et per eum fiat, quo minus denuncietur, committetur stipulatio, ganz deutlich erhellet.

Die Aufforderung zur Vertretung geschieht nun I. von dem streitenden Theile, welcher auf den Fall Evi-

89) *Orat. pro Caecinna.* Cap. 19. et *pro L. Murena* c. 12.

90) Historia fori Rom. Lib. V. Cap. 4. pag. 431.

91) Praelect. ad illustrior. quosdam titulos locaq. sel. iuris civ. ad L. 1. Cod. de peric. et comm. rei vend. pag. 388.

92) S. meine Opusc. iurid. Fasc. II. pag. 355. sqq. und den 11. Th. dieses Commentars §. 745. S. 258.

tionsleistung fordern kann, wenn der Prozeß verloren wird, er sey übrigens als Beklagter oder auch als Kläger in diesen Prozeß gerathen [93]). Von dem klagenden Theile kann die Denunciation geschehen, wenn dieser ex iure cesso, oder aus einem Darlehn klagt, was ein Anderer für einen Dritten aufgenommen hat, der sich daraus nicht verbunden zu seyn erachtet [94]).

II. Sie muß dem unmittelbaren Auctor geschehen, d. h. demjenigen, welcher zunächst und unmittelbar dem Denuncianten zum Schadensersatz verbunden ist. Sollte die Sache successive durch mehrere Hände gegangen seyn, so kann einer den Andern zur Mitvertretung auffordern, und jeder muß sich in der Regel an seinen Auctor halten. Dem entferntern Auctor kann nur dann lis denunciirt werden, wenn entweder der nähere sein Recht gegen den entferntern cedirt hat, oder der entferntere wegen der Eviction Hypothek gegeben hat, oder sonst der nächste Auctor ausser Stand ist, den Denuncianten zu vertreten [95]). Sind mehrere Auctoren vorhanden, die dem Denuncianten das in Streit gezogene Recht gemeinschaft-

93) S. *Adolph. Frid.* TRENDELENBURG Comm. de litis denunciatione actoris, eiusque usu et applicatione in foro. *Buetzovii* 1774. Sect. II.

94) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 782. S. 51.

95) *L.* 59. *D. h. t.* POMPONIUS *libro II. ex Plautio.* Si res, quam a Titio emi, legata sit a me: non potest legatarius, conventus a domino rei, venditori meo denunciare: *nisi cessae ei fuerint actiones, vel quodem casu hypothecas habet.* Anders erklären die letzten letzten Worte WAECHTLER in Recitat. in h. L. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XLIV. not. a. und Westphal vom Kauf rc. §. 311. Anders die Glosse.

lich übertragen haben, oder hat der Auctor mehrere Erben hinterlassen; so muß allen vereint der Streit verkündiget werden, weil sonst den übrigen die Unwissenheit zur Entschuldigung gereichen würde. Hierzu kommt, daß die Verbindlichkeit zur Vertretung, da sie auf Leistung eines untheilbaren Factums geht, an sich untheilbar ist. Sie mögen dann entweder alle die Vertheidigung übernehmen, oder einer für alle, oder alle sich derselben entziehen; dieses mindert ihre Verbindlichkeit zur Evictionsleistung nicht, für welche jeder derselben zu seinem Antheil haftet. Die Vertretung des Denuncianten muß nur immer in solidum geschehen. Einer siegt dann entweder für alle, oder er wird für alle besiegt. Das hingegen würde weder ihm noch den übrigen Mitauctoren etwas helfen, wenn jeder nur, so weit er für die Evictionsleistung haftet, die Mitvertretung des Denuncianten übernehmen wollte. Denn nur die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung ist theilbar, die Verbindlichkeit zur Vertretung hingegen solidarisch. So sind folgende Gesetzstellen zu vereinigen, welche den Rechtsgelehrten Schwierigkeiten gemacht zu haben scheinen [96]).

L. 62. §. 1. D. h. t. Celsus *libro XXVII. Digestorum.* Si ei, qui mihi vendidit, plures heredes

Man sehe auch Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 21. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 2. Th. Bemerk. XLVIII. und Wernher Select. Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 28.

96) Man vergleiche *Hub.* Giphanii Lecturae altorphinae ad L. 4. §. 2. D. de Verbor. Oblig. nr. 45. sqq. pag. 743. sq. *Iac.* Cuiacii Commentar. ad eand. Leg. *Franc.* Calletii Commentar. ad L. 7 et 8. Cod. h. t. Cap. VI. Tom. II. *Thes. Meerm.* pag. 339. *Io.* Voet

exstiterunt, una de evictione obligatio est, omnibusque denuntiari, et omnes defendere debent: si de industria non venerint in iudicium, unus tamen ex his liti substitit, propter denuntiationis vigorem, et praedictam absentiam, omnibus vincit, aut vincitur: recteque cum ceteris agam, quod evictionis nomine victi sint.

L. 85. §. 5. D. de Verbor. obligat. PAULUS *libro LXXV. ad Edictum.* In solidum vero agi oportet, et partis solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus: nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt, omnesque debent subsistere, (i. e. adsistere) et quolibet defugiente omnes tenebuntur: sed unicuique pro parte hereditaria praestatio iniungitur.

L. 139. D. eodem. VENULEIUS *libro VI. Stipulationum.* Cum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt, omnesque debent subsistere: et quolibet eorum defugiente, ceteris subsistere nihil prodest: *quia in solidum defendenda est venditio, cuius indivisa natura est:* sed cum uno defugiente omnes defugisse videantur, ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit.

Comment. ad Pand. h. t. §. 18. WAECHTLER Recitat. ad L. 62. §. 1. D. h. t. in *Opusc.* pag. 133. sq. *Christ. Frid. Ge.* MEISTER Diss. de iuris vinculo, quo plures pro evictione auctores tenentur. *Gött.* 1768. §. 22. und Westphal vom Kauf ꝛc. §. 292.

Daß die Gesetze diese Grundsätze auch in andern Fällen befolgt haben, erhellet aus mehreren Stellen des Röm Rechts [97]).

Der Regel nach muß jedoch der Streit dem Auctor selbst verkündiget werden. Hatte daher ein Sklave eine Sache aus seinem Peculium verkauft, die ein Dritter bey dem Käufer in Anspruch nahm, so mußte die Litisdenunciation dem Sklaven, und nicht dem Herrn, geschehen [98]). Hatte ferner ein Unmündiger mit Auctorität seines Vormundes die von dem Dritten angefochtene Veräusserung unternommen, so soll ihm und dem Vormund zugleich Nachricht von diesem Rechtsstreite ertheilt werden. So wie jedoch in dem ersten Falle dem Herrn alsdann lis denunciirt werden konnte, wenn der Sklave unterdessen gestorben war, so gilt auch in der Abwesenheit des Vormundes der Billigkeit wegen eine dem Mündel allein geschehene Denunciation [99]); so wie es denn auch wohl keinen Zweifel hat, daß in der Abwesenheit des Pupillen dem Vormund allein lis denunciirt werden

97) *L. 4. D. Si ex nox. causa. agatur. L. 8. D. de nox. act. L. 38. D. de procurator.*

98) *L. 39 §. 1. D. de eviet.*

99) *L. 56. § 7. D. de evict.* PAULUS *Lib. II. ad Edictum Aedilium curulium.* Pupillo etiam sine tutoris auctoritate posse denuntiari, *si tutor non apparet*, ex duplae stipulatione, benignius receptum esse, TREBATIUS ait. S. CUIACIUS in Recitation. solemn. in L. 5. Cod. h. t. u. Westphal vom Kauf rc. §. 293. Daß jedoch die Vertretung des Denunciaten nicht von dem Pupillen, sondern unter Beystand und Auctorität des Vormundes geschehen müsse, versteht sich. S. WAECHTLER ad L. cit. in *Opusc.* pag. 124.

könne [100]). Ist die Denunciation nicht dem Auctor selbst, sondern seinem Geschäftsverweser geschehen, so ist sie nur dann gültig, wenn es in seiner Anwesenheit und mit seinem Wissen geschahe [1]). Einem Verwalter aller Geschäfte des Auctors würde jedoch wohl auch in der Abwesenheit seines Mandanten die Streitverkündigung geschehen können; überhaupt aber dürfte der Auctor wohl nicht mit Grund Einwendungen dagegen machen können, wenn der Procurator, dem die Denunciation geschehen ist, seinen abwesenden Mandanten genügend davon benachrichtiget hätte [2]).

III. Die Art, wie die Aufforderung zur Mitvertretung geschieht, ist nach gemeinem Rechte gleichgültig. Sie kann gerichtlich, und auch aussergerichtlich geschehen [3]). Doch ist die gerichtliche Denunciation schon um des leichtern Beweises willen der aussergerichtlichen vor-

100) Dieß würde vollends keinen Zweifel haben, wenn der Vormund die Sache im Namen des Pupillen selbst verkauft hätte. *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* S. KRUCKENBERG cit. Diss. Cap. III. §. 3. Westphal. §. 314.

1) *L.* 56. § 4. *D. h. t.* PAULUS *lib.* 2. *ad Ed. aedil. cur.* Si, praesente promissore, qui de evictione promisit, *et non ignorante*, procuratori denunciatum sit: nihilominus promissor tenetur.

2) Arg. *L.* 20. § 11. *D. de hered. petit.*

3) Die ältern Rechtsgelehrten behaupten zwar fast durchgehends, daß die Denunciation nach dem Röm. Rechte gerichtlich geschehen müsse. S. CARPZOV P. III Decis. 211. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXVII. Th. 28. not. d. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 18. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 31. Allein man vergleiche alle oben Not. 85. angeführten Gesetze, welche von der Nothwendigkeit der Litisdenunciation handeln, so ist in keinem dersel-

zuziehen [4]). Sie darf auch 1) in keiner bloßen Benachrichtigung von dem erhobenen Rechtsstreite bestehen, sondern der Denunciant muß verlangen, daß der Denunciat ihm wider den dritten Gegner Beystand leisten solle [5]). Daher muß, wie oben bemerkt wurde, die Aufforderung zur Vertretung auch noch denn geschehen, wenn gleich dem Auctor schon vorher bekannt seyn sollte, daß über den Gegenstand, in Ansehung dessen er zur Evictionsleistung verbunden, ein Prozeß entstanden sey. Damit nun aber 2) der Zweck der Denunciation erreicht werde, so ist alles, was bis dahin in diesem Rechtsstreite verhandelt worden ist, dem Denunciaten, so weit es zu seiner Belehrung nöthig ist, mitzutheilen, weil er

ben dieses vorgeschrieben. Auch die *actio in auctorem praesentem* his verbis: QUANDOQUIDEM TE IN IURE CONSPICIO, welche CICERO in Orat. *pro Caecinna.* Cap. 19. anführt, war offenbar keine litis denunciatio, wofür sie Cujaz in Recitat. solemn. ad L. 8. Cod. h. t. halten will. S. WERNHER select. Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 14.

4) S. v. Gönner Handbuch des gem. Prozesses 1. B. Nr. XVII. §. 5. nr. 4. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. II. Cap. VI. §. 3. Not.** und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1920.

5) Die *L. 17. Cod. h. t.* sagt zwar nur: auctorem tuum *certum fecisti.* Allein *L. 21. C. eodem* sagt ganz bestimmt: interpellare venditorem, sive successorem eius debes, *ut tibi assistant, causamque instruant.* Eben so *L. 1. Cod. de peric. et comm. rei vend. L. 29. §. ult. D. h. t.* und *L. 62. §. 1. D. eodem.* Auch das Canonische Recht stimmt damit überein. *Cap. 7. X. de emt. et vend.* S. *Iac.* CUIACIUS in Recitation. solemn. in L. 8. Cod. h. t. und *Ge.* FRANTZKII Commentar. in Pandect. h. t. nr. 695. et 696.

sonst nicht weiß, wogegen er die Vertheidigung des Denuncianten zu führen habe [6]).

IV. Der Zweck der Litisdenunciation ist Mitvertretung des Denuncianten vor Gericht; es muß also auch seine Erreichung möglich seyn, folglich die Denunciation zu einer solchen Zeit geschehen, wo die Assistenz noch von Nutzen seyn kann. Da hiervon schon in dem vorigen §. ausführlicher gehandelt worden ist, so ist hier nur noch zu bemerken, daß wenn der Beklagte zur Vertretung auffordert, solches am sichersten vor der Litiscontestation, von Seiten des Klägers aber vor der Replic geschieht [7]).

§. 1126.

Pflicht des Litisdenunciaten.

Um das Rechtsverhältniß zwischen dem Denunciaten und dem Denuncianten näher zu bestimmen, sind folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Der Denunciat erscheint auf die ihm geschehene Aufforderung, und erklärt sich zur Mitvertretung bereit. Hier bringt es nun

1) schon die Idee der Mitvertretung und der Zusammenhang der Sachen mit sich, daß der Denunciat sich bey dem Gericht einlassen müsse, wo der Rechtsstreit an-

6) Lauterbach c. l. §. 31. Frantzke c. l. nr. 697. et 698. Danz Grundſ. des ordentlichen Prozesses. §. 488. S. 733. der Gönnerschen Ausgabe, und v. Gönner im Handbuch a. a. O. S. 358 ff.

7) Schaumburg cit. Princip. prax. iurid. Lib. I. Sect. II. Cap. 6. §. 4. Kind Quaest. for. Tom. I. Cap. 75. und Trendelenburg Diss. cit. de litis denunciatione actoris. Sect. II. §. 20.

hängig ist, ohne von dem Privilegium seines eignen Gerichtsstandes Gebrauch machen zu können [8]).

2) Der Denunciat muß die Sache in dem Zustande fortsetzen, in welchem sie sich zur Zeit der Denunciation befindet [9]); und es hängt dann von seiner Willkühr ab, ob er den Prozeß allein führen, oder mit dem Denuncianten gemeinschaftliche Sache machen wolle [10]). In dem letztern Falle bestellen sie denn auch einen gemeinschaftlichen Anwalt, in dem ersten Falle aber wird der Denunciat als Procurator des Denuncianten angesehen, und der Denunciant verliert also hierdurch die Eigenschaft

8) *L. 49. pr. D. de iudiciis.* Paulus *Lib. III. Responsor.* Venditor ab emtore denuntiatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicit, se privilegium habere sui iudicis. Quaeritur, an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem et emptorem coepta est, ad suum iudicem revocare? Paulus respondit, *venditorem emtoris iudicem sequi solere.* S. Cuiacius Recitation. solemn. ad L. 8. Cod. h. t. Frantzkius Commentar. in Pand. h. t. nr. 647 — 653. Schulting Thesium controversar. Decad. LXXXVIII. Th. 2. in fin.

9) *Cap. 2. Ut lite pendente in VIto.* Frantzkius c. l. nr. 646. Schaumburg Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. II. Cap. VI. §. 7. in fin. Kruckenberg Diss. de litis denunciat. Part. II. Cap. IV. §. 2.

10) *L. 63. D. de re iudic. L. 4. §. 3. D. de appellat. Franc.* Callet in Comm. ad L. 1. C. h. t. bey *Meerman* T. II. pag. 315. nr. 5. Gönner im Handbuche des deutschen gemeinen Prozesses 1. B. Nr. XVII. §. 6. Nr. 8. S. 360.

eines streitenden Theils nicht [11]). Da er jedoch, als ein procurator in rem suam datus, zugleich seine eigene Sache vertheidiget, so kann er wegen dessen, was er dem Kläger, z. B als litis aestimatio, geleistet hat, von dem Denuncianten keinen Ersatz verlangen, weil er ja durch das, was er dem Kläger geleistet hat, eine Vergütung zugleich abzuwenden suchte, welche er sonst dem Denuncianten, im Falle erfolgter Entwährung, zu geben schuldig gewesen wäre [12]). Will der Denunciat den Streit auf eine solche Art über sich nehmen, daß der Denunciant in demselben ganz aufhören soll Parthey zu seyn; so kann dieses nur

11) *L.* 21. §. 2. *D. h. t.* Daher wird die Execution der Sentenz dennoch gegen den Denuncianten verfügt, und dem Kläger bleibt es immer freygestellt, an den Denuncianten zurückzukehren, wenn der Denunciat den Prozeß nicht ordentlich führt. *L.* 29. *D. de procurator.* FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 642. WERNHER sel. Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 84. KRUCKENBERG cit. Diss. P. II. Cap. 4. §. 3. und Gönner a. a. O. §. 5. Nr. 1.

12) *L.* 66. §. 2. *D. h. t.* PAPINIANUS *libro XXVIII. Quaestionum.* Si secundus emtor venditorem eundemque emtorem ad litem hominis dederit *procuratorem*, et, non restituto eo, damnatio fuerit secuta, quodcumque ex causa iudicati praestiterit procurator, ut *in rem suam* datus, ex stipulatu consequi non poterit; sed quia damnum evictionis ad personam pertinuit emtoris, qui mandati iudicio nihil percepturus est, non inutiliter *ad percipiendam litis aestimationem* agetur ex vendito. Der zweyte Käufer hatte seinen Verkäufer, als seinen Auctor, zur Vertretung aufgefordert, und zu seinen Procurator in diesem Prozesse bestellt. Weil dieser sich weigerte, die Sache zu re-

mit Bewilligung des Klägers geschehen[13]). Denn es kann sich ihm kein anderer Gegner wider seinen Willen aufdringen. Williget hingegen der Kläger darein, so geht eine Novation vor, wodurch der Denunciant auch wider seinen Willen von dem Prozeß befreiet wird[14]).

II. Der Denunciat erscheint zwar, verweigert aber die Mitvertretung des Denuncianten darum, weil er dazu

stituren, um sie dem Käufer zu erhalten, so ward er zur Litisästimation verurtheilt. Hier konnte der Auctor zwar keine Entschädigung von seinem Käufer, dem Denuncianten, fordern; allein es fragte sich, ob er nicht auf Ersatz der bezahlten Litisästimation seinen Verkäufer belangen konnte? Aus der duplae stipulatio konnte er nicht klagen. Denn diese setzte voraus, daß er als Käufer Eviction erlitten habe. Allein er bezahlte die Litisästimation als Verkäufer, und zwar procuratorio nomine des zweyten Käufers. Weil er aber doch als Käufer dadurch Schaden litte, daß er die bezahlte Litisästimation von seinem Käufer nicht wieder erhielt, so muß ihm sein Verkäufer billig diesen Schaden ersetzen. Deswegen wird ihm die actio emti gestattet. S. *Jac.* Cujacii Commentar. in libr. XXVIII. Quaest. Papiniani ad h. L. Tom. I. *Oper. postum.* pag. 724. *Franc.* Callet Comm. ad L. 7. et 8. Cod. h. t. Cap. III. nr. 11. (bey Meerman T. II. pag. 334.) Waechtler Recitat. ad L. 66. §. 2. D. h. t. in *Opusc.* pag. 151. sq. u. Westphal vom Kaufe rc. §. 245. S. 203.

13) *L. 1. Cod. Ubi in rem actio.* Frantze c. l. nr. 638—640. Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 13. in fin. Kruckenberg c. l. Gönner a. a. O. §. 5. Nr. 1.

14) *L. 23. D. de Solut.* Pompon. *libro 24. ad Sabinum.* Solutione, vel *iudicium pro nobis accipiendo*, et inviti et ignorantes liberari possumus. *L. 8. §. 5. D. de novation.*

nicht verbunden zu seyn behauptet. Hier behaupten zwar mehrere [15]) mit Hellfeld, es sey ein kurzes Verfahren über die Statthaftigkeit der Denunciation zu veranlassen, welchen der Richter sodann durch seine Entscheidung ein Ende machen müsse. Allein da die Verbindlichkeit zur Mitvertretung mit der Verbindlichkeit zur Evictionsleistung so genau zusammenhängt, daß die eine von der andern nicht zu trennen ist, so gehört dieser Streitpunct offenbar nicht vor das Gericht, wo die Denunciation geschahe, sondern ist künftig von dem Richter des Denunciaten in der, als besondern Rechtsstreit anzubringenden, Regreßklage zu entscheiden [16])

III. Erscheint der Denunciat auf die ihm geschehene Aufforderung gar nicht, so bleibt er auf seine Gefahr aus. Ein weiteres Ungehorsamsverfahren findet wider den Denunciaten nicht Statt, weil die ihm zugehende Ladung blos monitorisch ist [17]). Der Denunciant hat seiner Seits durch die Aufforderung desselben dem Gesetz ein Genüge gethan, und seinen Regreß gedeckt [18]). Hermo-

15) Kruckenberg Diss. cit. P. II. Cap. 3. §. 1. et 2. Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses. §. 488. Not. l. S. 735. der Gönnerschen Ausg.

16) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXXXVIII. medit. 7. Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. c. I. §. 7. et Not. *. Gönner im angef. Handbuche a. a. O. §. 5. Nr. 5. u. §. 6. Nr. 7. 1. B. S. 360.

17) *L. 1. Cod. de peric. et commodo rei vend.* Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 191. nr. 7. Martin Lehrbuch des gemeinen bürgerlichen Prozesses §. 296. a. E. und Gönner Handbuch des d. gemeinen Prozesses. 1. B. Nr. XVII. §. 5. Nr. 5. und §. 6. Nr. 7.

18) Schaumburg Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. II. Cap. 6. §. 6.

genian[19]) sagt zwar: venditorem ad rem defendendam *conveniri* posse, und Julian[20]) spricht sogar von einem Zwange. Allein der Ausdruck convenire zeigt nicht immer eine förmliche Klage an[21]), und der Zwang ist auch nur durch die Nothwendigkeit bedingt, sich im Ausbleibungsfalle der Gefahr der Evictionsleistung auszusetzen[22]). Man macht jedoch in dem Falle eine Ausnahme, da der Auctor, auf erfolgte Aufforderung Beystand zu leisten, ausdrücklich versprochen hat[23]), welches auch bey der Stipulatio duplae gewöhnlich geschahe[24]). Auf keinen Fall darf sich jedoch der Denunciant seiner Seits bey Führung des Prozesses einer solchen Nachläßigkeit schuldig machen, wodurch der Prozeß verloren gieng, weil er sonst, der geschehenen Denunciation ungeachtet, den Regreß gegen seinen Auctor verliert[25]).

19) *L.* 74. §. 2. *D. h. t.*

20) *L.* 75. *D. de procurator.*

21) *L.* 122. §. 3. *D. de Verb. obligat. L.* 10. *Cod. de pignor.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 17. a. E.

22) *L.* 62. §. 1. *D. h t. Frid. Es. a* Puffendorf Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 35. §. 13. *Ge.* Frantzke Commentar. in Pand. h. t. nr. 631. Kruckenberg Diss. cit. P. II. Cap. 3. §. 3.

23) Huber c. l. §. 18.

24) Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Porro. pag. 464.

25) *L.* 8. *Cod. L.* 55. *pr. D. h. t. Franc.* Callet Commentar. ad L. 1. Cod. h. t. nr. 7. *Idem* ad L. 7. et 8. Cod. eodem Cap. II. nr. 3. et Cap. VII. nr. 1. *Sam. Frid.* Willenberg Exercit. de denunciatione litis ad evictionis praestationem necessaria. §. 13. in *Eius Selectis iurisprud. civ.* P. II. Exercit. XLVII. pag. 708.

§. 1127.

Klagen auf Evictionsleistung.

Die Klagen, mittelst welcher Evictionsleistung gefordert werden kann, sind sehr verschieden. Man unterscheide folgende Fälle. Die Evictionsleistung wird gefordert

I. von dem eigentlichen Auctor oder desselben Erben. Hier kommt es auf den Rechtsgrund an, woraus die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung entspringt, darnach bestimmt sich das genus instituendae actionis[26]). Entspringt nun diese Verbindlichkeit

1) aus der Natur des eingegangenen Geschäfts, so findet im vorkommenden Falle die Klage Statt, welche das Geschäft überhaupt mit sich bringt. Diese Klage kann entweder eine benannte Contractsklage seyn, z. B. die *actio emti*, oder die unbenannte *actio in factum*, oder *praescriptis verbis*, wenn das Geschäft kein benannter Contract ist[27]) Zuweilen kann auch die *actio hypothecaria* erhoben werden, wenn demjenigen, der die Entwährung erlitten hat, deshalb eine Hypothek zusteht[28]).

2) Entspringt die Verbindlichkeit aus einem Vertrage, so kann dieser Vertrag entweder

a) ein für sich bestehender Vertrag seyn. Hier hat

26) S. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 442. der zweyten Ausgabe.

27) *L. 1. §. 1. D. de rer. permutat. L. 7. §. 2. D. de pactis. L. 70. D. h. t. L. 66. §. 3. D. eodem. L. 14. Cod. fam. ercisc.* S. §. 117. S. 185.

28) *L. un. §. 1. Cod. de rei uxoriae act.* S. den 19. Th. dieses Commentars. §. 1088. S. 91. f.

die *actio ex stipulatu* Statt, welche bey dem Versprechen des Doppelten *actio duplae* genennt wird[29]). Oder

b) ein pactum adjectum. Dann wird die Klage aus dem Hauptgeschäft angestellt.

3) Hat die Verbindlichkeit in einer letzten Willensverordnung ihren Grund, so findet die *actio ex testamento* Statt[30]). Endlich

4) wird wegen eines erweislichen Dolus auf Evictionsleistung geklagt, so findet die *actio doli* Statt, ausser wo die Pflicht der Ehrerbietung oder das Verhältniß naher Verbindung möglichste Schonung erfordert, in welchen Fällen dann mit der *actio in factum* geklagt werden muß[31]). Z. B. der Ehemann klagt gegen die Frau auf Evictionsleistung wegen des ihm abgestrittenen Heyrathsguts, wenn sie bey der Bestellung desselben mit Betrug umgieng.

Mehrere Auctoren, sie mögen entweder aus eigener Handlung, oder als Erben zur Evictionsleistung verbunden seyn, haften nur *pro rata*. Z. B. mehrere haben eine gemeinschaftliche Sache verkauft, so haftet jeder wegen der Evictionsleistung nur zu seinem Antheile, sie mögen die gemeinschaftliche Sache *pro diviso* oder *pro indiviso* besessen haben[32]). Folgende Gesetzstellen sind hier merkwürdig.

L. 39. §. 2. *D. h. t.* Julianus *libro LVII. Digestorum.* Si a me bessem fundi emeris, a Titio

29) *L.* 8. *Cod. h. t.*

30) *L.* 58. *D. h. t. L.* 29. §. 3. *D. de legat. III.* S. den 1116. S. 177.

31) *L.* 1. *Cod. de iure dot.*

32) *Chr. Frid. Ge.* Meister Diss. de iuris vinculo, quo plures pro evictione auctores tenentur. *Gött.* 1768. §. 7.

trientem, deinde partem dimidiam fundi a te quis petierit: si quidem ex besse, quem a me acceperas, petitus fuerit, Titius non tenebitur: si vero triens, quem Titius tibi tradiderat, et sextans ex besse, quem a me acceperas, petitus fuerit: Titius quidem pro triente, ego pro sextante evictionem tibi praestabimus.

An einem gemeinschaftlichen Grundstück kamen mir drey Viertheile, dem Titius aber nur ein Viertel zu. Ob wir den fundus pro diviso oder noch pro indiviso besaßen, ist jetzt noch ganz gleichgültig. Cajus kauft jedem von uns beyden seinen Antheil ab. Ein Dritter hat die Hälfte dieses Grundstücks evincirt. Hier sind nun 1) in Absicht auf die Zuständigkeit der Evictionsklage zwey Fälle zu unterscheiden. Erstens wir besaßen das Grundstück *pro diviso*. In diesem Falle verkaufte jeder von uns seinen Antheil als ein eignes Ganzes, es ist also ein doppelter Kauf geschlossen worden, und jeder von uns haftet nur für das, was er verkaufte. Ist nun die Entwährung der Hälfte gerade von den drey Viertheilen geschehen, welche ich dem Cajus verkauft hatte, so kann er nur gegen mich auf Evictionsleistung klagen, gegen den Titius findet keine Klage Statt. Wäre aber gerade das Viertel, welches Titius dem Cajus verkauft hatte, und noch ein Viertel von den drey Vierteln, welche ich verkauft habe, entwährt worden; so werden nun Titius und ich jeder zu seinem Antheil, also Titius zu einem Viertel und ich zu einem Viertel wegen der Eviction haften, und nach diesem Verhältniß zu belangen seyn. Zweytens wir besaßen den Fundus pro indiviso, von welchem ein Dritter bey dem Käufer die Hälfte evincirt hat. Hier waren zwar unsere Antheile an dem gemeinschaftlichen Grundstück

keine reellen, sondern nur intellectuelle Theile[33]), dennoch kann keiner von uns beyden über seinen noch ungetheilten Antheil auf Evictionsleistung belangt werden. Nur den ersten Fall entscheidet Julian in der angeführten Gesetzstelle. Der andere Fall entscheidet sich nach der Regel, daß wenn mehrere Personen Subject einer Verbindlichkeit sind, jeder Verpflichtete nur auf einen proportionirten Theil belangt werden kann[34]). Es erhellet aber auch hieraus, daß 2) in Absicht auf die Evictionsleistung selbst nichts darauf ankommt, ob die Verkäufer das Grundstück *pro diviso* oder *pro indiviso* besaßen, weil in dem einem Falle, wie in dem andern, nur eine *obligatio pro rata* Statt findet. Von der Verbindlichkeit mehrerer Erben handelt insonderheit

L. 2. *Cod. h. t.* Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. *Quartae.* Quoniam avus tuus, cum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit: potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, *pro portione scilicet hereditaria*[35]).

Ausnahmen, wo eine Correalverpflichtung eintritt, finden Statt,

1) wenn sich die mehreren Auctoren wegen der Evictionsleistung in solidum verpflichtet haben. Hier kann nach der Natur dieser Verpflichtungsart gegen jeden auf das Ganze geklagt werden, hat aber einer derselben das

33) *L.* 5. *D. de stipulat. servor.*

34) *L.* 11. §. 1. *D. de duobus reis.*

35) Damit sind noch zu verbinden *L.* 85. §. 5. *L.* 139. *D. de Verbor. Obligat.*

Ganze geleistet, so findet gegen die übrigen keine Evictionsklage weiter Statt [36]).

2) Wenn die Entwährung wegen eines untheilbaren Rechts geschahe. Z. B. die Sache ist wegen einer darauf haftenden Hypothek von dem Pfandgläubiger evincirt worden [37]).

3) Wenn sich die mehreren Auctoren eines Dolus schuldig gemacht haben, indem sie wissentlich eine fremde Sache verkauften [38]).

4) Wenn der Testator bey einer vermachten Sache auf den Fall ihrer Entwährung eine Correalobligation unter seinen eingesetzten Erben verordnet hat [39]).

Ist die evincirte Sache successive durch mehrere Hände gegangen, so sind zwar mehrere Auctoren vorhanden, welche aus ihrer eignen Handlung haften; allein man muß hier den entferntern Auctor von dem nächsten unterscheiden. Derjenige nämlich, welchem die Sache evincirt worden ist, klagt zunächst gegen seinen Auctor, und dieser muß sich dann wieder an seinen eignen Auctor halten [40]). Gegen den entferntern findet die Klage darum nicht Statt, weil der Evictus mit demselben in keinem Contractsverhältniß steht, und Klagen aus Contracten nur persönliche Klagen sind [41]). Will man,

36) *L.* 51. §. 4. *D. h. t.*

37) *L.* 65. *D. h. t.* S. den 18. Th. dieses Commentars. §. 1076. S. 171. ff.

38) *L.* 11. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.* S. den 4. Th. §. 339. S. 517.

39) S. Meister cit. Diss. §. 12.

40) *L.* 33. *D h. t.* Westphal vom Kauf. §. 310.

41) Frantzke Commentar. ad Pand. h. t. nr. 550.

mit Uebergehung seines Auctors, sogleich gegen den entferntern klagen, so muß man sich die Klage von seinem Auctor cediren lassen; ausserdem kann nur dann gegen den entferntern Auctor geklagt werden, wenn man auf dem Vermögen desselben wegen der Eviction eine Hypothek hat[42]). Denn in dem letztern Falle fällt nun der Grund weg, weswegen nur der unmittelbare Auctor zu belangen ist[43]). Tritt keine dieser Ausnahmen ein, so kann der auctor immediatus den Regreß gegen seinen Verkäufer eigentlich nur dann erst nehmen, wenn er zur Evictionsleistung verurtheilt worden ist[44]). Denn so lange er seinem Käufer noch nicht Eviction geleistet hat, kann man nicht sagen, daß er einen Verlust erlitten habe[45]). Eine Ausnahme findet jedoch alsdann Statt, wenn er die Sache auf eine solche Art veräussert hat, daß er sie noch gewissermassen als die seinige ansehen kann, und ihn also die Eviction zugleich mit getroffen hat[46]). Dahin gehört,

42) *L.* 59. *D. h. t.* Man behauptet jedoch, der Fiskus habe das besondere Recht, daß er im Fall einer erlittenen Eviction, auch ohne Cession, sogleich den Auctor seines Auctors belangen könne. *L.* 3. *Cod. Quando fiscus, vel privatus debitoris sui debitores convenire possit.* Meister cit. Diss. §. 15. in fin.

43) Meister Diss. cit. §. 15.

44) *L.* 33. *D. h. t.* Ulpianus *libro* 51. *ad Sabinum.* Si servum emero, et eundem vendidero, deinde emptori ab hoc fuero condemnatus, quia tradere non potui evictum, committitur stipulatio. S. Meister Diss. cit. §. 16.

45) *L.* 21. §. 2. *D. h. t.* Frantzke Commentar. in Pand. h. t. nr. 558.

46) Frantzke c. l. nr. 559.

wenn er sich bey der Veräusserung ein Recht an der Sache vorbehielt, welches durch die Eviction der Sache zugleich mit verloren geht[47]). Folgende Gesetzstellen werden dieses näher aufklären.

1) *L.* 22. §. 1. *D. h. t.* POMPONIUS *Lib. I. ex Plautio.* Si pro evictione fundi, quem emit mulier, satis accepisset, et eundem fundum in dotem dedisset, deinde aliquis eum a marito per iudicium abstulisset: potest mulier statim agere adversus fideiussores emptionis nomine, quasi minorem dotem habere coepisset, vel etiam nullam, si tantum maritus obtulisset, quanti fundus esset.

Die Frau hatte das Grundstück, welches sie in gutem Glauben von einem Nichteigenthümer gekauft hatte, ihrem Ehemann zum Heyrathsgute zugebracht. Es wurde aber dem Ehemann evincirt. Daß die Frau, dieser Entwährung wegen, klagen könne, hat keinen Zweifel. Aber das ist merkwürdig, daß sie sogleich gegen ihren Auctor klagen kann, ohne die Klage des Ehemanns gegen sich abwarten zu dürfen. Der Grund hievon ist nicht, wie Westphal[48]) meynt, weil Mann und Frau in einer Unität leben; sondern weil die Frau ein Recht an dem Heyrathsgute behält, welches sie nach getrennter Ehe hätte geltend machen können, aber durch die Entwährung desselben mit verloren hat. Die Eviction hat also auch sie so gut, wie den Mann, mit getroffen, wenn auch der Mann die litis aestimatio bezahlt hätte[49]). Nach un-

47) DONELLUS Tr. de evictione. Cap. 7. pag. 238. FRANTZKE Comm. c. l. nr. 554. et 555.

48) Lehre des gem. R. vom Kauf rc. §. 312.

49) *L.* 75. *D. de iure dot.* TRYPHONINUS *lib.* 6. *Disputation.* Quamvis in bonis mariti dos sit, *mulieris*

sern Gesetz kann die Frau sogar die Bürgen noch vor dem Verkäufer in Anspruch nehmen, die dieser auf den Evictionsfall zur Sicherheit der Käuferin bestellt hat,

tamen est: et merito placuit, ut, si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, *statim eam ex stipulatione agere posse:* porro cuius interest, non esse evictum, quod in dote fuit, *quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod, eum in dotem habere desiit*, huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet. Ich bemerke hier nur, 1) daß unser Cod. Erlang. statt potestatem, *potestas* ließt. 2) Glaubt Perenonius Animadversion. et Variar. Lection. iur. civ. Lib. II. cap. 2. (in Th. Otton. T. I. p. 632.) die letzten Worte müßten nach Harmenopulus so gelesen werden: huius etiam (sc. mulieris) quamvis constante matrimonio dominium sit, apud maritum tamen emolumenti potestatem esse creditur, cuius etiam causa matrimonii onera maritus substinet. Allein zu dieser gewaltsamen Crisis ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Der Fall, den hier Tryphonin entscheidet, ist der nämliche, von welchem Pomponius handelt. Auch Tryphonin sagt, die Frau könne gleich gegen ihren Auctor, den Verkäufer, ex stipulatione duplae klagen, weil auch sie durch die Eviction ihr Recht verloren hat, das Heyrathsgut nach getrennter Ehe zurückzufordern. Zwar gehört dos während der Ehe dem Manne, welcher auch die Nutznießung hat. Allein der Mann hat den Genuß blos um der Frau willen, damit er sie davon unterhalte. Denn er muß ja die Kosten der Ehe davon bestreiten. Man kann also mit Recht sagen, der Vortheil der Nutznießung kommt der Frau auch während der Ehe, so wie

welches jedoch durch die *Nov.* 4. vom Kaiser Justinian abgeändert worden ist.

2) *L.* 71. *D. h. t.* Paulus *libro XVI. Quaestionum.* Pater filiae nomine fundum in dotem dedit: evicto eo, an ex empto[50]), vel duplae stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur. Non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest: nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam, manente matrimonio. Sed videamus, ne probabilius dicatur, committi hoc quoque casu stipulationem: interest enim patris, filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendae dotis: utique, si in potestate sit. Quod si emancipata est, vix poterit defendi, statim committi stipulationem: cum uno casu ad eum dos regredi possit. Numquid ergo tunc demum agere possit, cum mortua in matrimonio filia, potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? An et hoc casu interest patris dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna affectio inducit.

Ein Vater hatte das Grundstück, welches er vom Lucius Titius gekauft hatte, für seine Tochter dem Schwiegersohn zum Heyrathsgute gegeben. Ein Dritter aber evincirte dasselbe während der Ehe. Nun entstand die Frage, ob der Vater sofort den Regreß gegen den Verkäufer, seinen Auctor, nehmen könne? Ein Zweifelsgrund war, daß der Vater bey der Eviction kein In-

das Eigenthum, zu gute. S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 3. pag. 505.

50) Cod. Erlang. lieset ex empto *actio*.

tereſſe zu haben ſcheine. Denn das Heyrathsgut gehört der Tochter [51]); und eben deswegen, weil es nicht mehr Eigenthum des Vaters iſt, brauchte er es auch bey der Erbſchaft ſeines Vaters, der ihn bereits emancipirt hatte, ſeinen in der väterlichen Gewalt gebliebenen Geſchwiſtern nicht zu conferiren [52]), nämlich ſo lange die Ehe dauert [53]). Allein dennoch waren die Gründe für die Meynung entſcheidend, daß der Vater gleich gegen den Verkäufer klagen könne. Der fundus dotalis hatte zwar freylich während der Ehe aufgehört Eigenthum des Vaters zu ſeyn, weil die dotis datio eine Art der Alienation iſt [54]); dennoch konnte es dem Vater nicht gleichgültig ſeyn, wenn die Tochter durch Eviction ihr Heyrathsgut verlor, weil ihm ja dadurch auch die Hoffnung entgieng, das Heyrathsgut dereinſt nach getrennter Ehe wieder zurück zu erhalten. Dieß hat nun zwar in dem Falle weniger Bedenken, wenn die verheyrathete Tochter noch in der väterlichen Gewalt iſt, mehr Zweifel entſteht hingegen, wenn ſie

51) *L. 1. §. ult. L. ult. D. de dotis collat. L. 14. pr. D. ad L. Falcid.*

52) *L. 4. D. de collat. bonor.* Filium emancipatum dotem, quam filiae suae nomine dedit, conferre non debere: quia non sicut in matrisfamilias bonis esse dos intelligatur, ita et in patris, a quo sit profecta.

53) Iſt die Ehe durch den Tod der Tochter getrennt, und dadurch das Heyrathsgut wieder an den Vater zurückgekehrt, ſo war es nach dem Prätoriſchen Rechte ohne Zweifel der Collation unterworfen, weil es nun wieder Eigenthum des Vaters war. S. Cujacius Commentar. in libr XVII. Quaest. Pauli ad L. 71. D. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 1189.

54) *L. 47. §. 6. D. de peculio.*

emancipirt war. Denn hier giebt es nur einen Fall, wo das Heyrathsgut an den Vater zurückkehrt, nämlich wenn die emancipirte Tochter während der Ehe stirbt[55]). Es könnte also das Ansehen gewinnen, daß der Vater dann erst klagen könne, wenn dieser Fall eintritt. Allein auch hier behauptet Paulus, es müsse das Nämliche gelten, was bey einer verheyratheten Haustochter Rechtens ist. Denn das Interesse des Vaters bleibt ja das nämliche, und auch die väterliche Liebe, welche die nämliche bleibt, die Tochter sey noch in väterlicher Gewalt oder emancipirt, berechtiget den Vater, sogleich gegen den Verkäufer zu klagen, ohne den Tod der Tochter erst abwarten zu dürfen[56]).

II. Die Evictionsleistung wird von dem Bürgen gefordert, der dafür gutgesagt hat. Hier muß die Klage aus der Intercession zur Hand genommen werden. Diese Klage ist begründet, wenn auch dem Bürgen lis nicht denunciirt worden ist[57]). Es hat auch keinen Zweifel, daß die Evictionsklage auf desselben Erben übergehe[58]).

Uebrigens ist die Klage, welche wegen der Evictionsleistung angestellt wird, in dem ordentlichen Gerichtsstande des Beklagten anzubringen, der zur Evictionsleistung verbunden ist[59]), und es ist in Ansehung des Gerichtsstan-

55) *L.* 10. *pr. D. Soluto matrim. L.* 5. *D. de divortiis. L.* 5. §. 11. *D. de iure dot.*

56) *L.* 5. §. 12. *D. de iure dot.* Man vergleiche Waechtler Comm. ad L. 71. D. h. t. in *Opusc.* pag. 169. und Westphal vom Kaufe rc. §. 258.

57) *L.* 7. *et* 8. *Cod. h. t.*

58) *L.* 4. §. 1. *D. de fideiussor. L.* 24. *Cod. eodem.* Frantzke Comm. h. t. nr. 588—591.

59) Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 167. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 20.

des gleichviel, ob der Auctor die Vertretung übernommen hat, oder nicht[60]).

Da die Klage in der Regel eher nicht, als nach erfolgter Entwährung, Statt hat; so kann auch nicht eher, als von der Zeit an, da die Entwährung wirklich erfolgt ist, von einer Verjährung derselben die Rede seyn[61]). Dieß ist der Sinn der *L.* 21. *Cod. h. t.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian an den Heliodor auf folgende Art rescribiren.

Empti actio longi temporis praescriptione non submovetur, *licet post multa spatia*[62]) *rem evictam emtori fuerit comprobatum.* Si itaque is, quem te comparasse commemoras, nunc in libertatem proclamet, interpellare venditorem, sive successorem eius debes, ut tibi assistant, causamque in-

60) Anderer Meinung ist zwar LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXXXVIII. medit. 7. ihm folgt auch KRUCKENBERG cit. Diss. P. II. Cap. V. §. 4. Allein man sehe MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 479. Man sehe auch *de* LYNCKER Diss. de evictionibus. §. 33.

61) *L.* 3. *C. h. t.* S. FRANTZKE Comm. h. t. nr. 965—971. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 29. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 2. B. 2. Abth. Resp. CLXII. nr. 30. S. 588. und Westphal vom Kauf ꝛc. §. 253.

62) Dieß könnte auch ein Zeitraum von 30. 40. ja 60 Jahren seyn, denn die proclamatio in libertatem, wovon das Gesetz spricht, war keiner Verjährung unterworfen. *L.* 3. *Cod. de longi temporis praescr. quae pro libertate.* S. DONELLUS Comm. ad L. 21. Cod. h. t. u. CALLET Comm. ad L. 19. Cod. eod. (Tom. II. *Th. Meerm.* pag. 343.)

struant. Quem si liberum esse, vel servum non esse fuerit pronunciatum, nec te conventione remisisse periculum evictionis fuerit comprobatum, Praeses provinciae, *si res integra est*[63]), quanti tua interest, restitui tibi providebit.

Ist das Recht des Dritten an der Sache dadurch erloschen, daß der Käufer dieselbe durch die acquisitive Verjährung, welche in 3 oder 10 oder 20 Jahren vollendet werden kann, an sich gebracht hat, so fällt der Regreß gegen den Verkäufer ohnehin weg, wie Cajus lehrt, wenn er *L.* 54. *pr. D. h. t.* sagt: Qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emtori teneri de evictione. Eben hierauf geht auch die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, welche *L.* 19. *D. h. t.* an den Theodor rescribiren: Si obligata praedia venumdedisti, et longi temporis praescriptione solita emptores se tueri possunt, evictionis periculum timere non debes.

63) Diese Worte erklärt Cujacius in Recitat. solemnib. ad L. 21. Cod. h. t. so: si ea actio ex empto, postquam nata est, id est, post commissam et contractam obligationem evictionis, et ereptum servum in libertatem, non sit exstincta silentio triginta vel quadraginta annorum, vel alio modo, puta transactione, vel re iudicata, vel pacto.

Lib. XXI. Tit. III.

De exceptione rei venditae et traditae.

§. 1128.

Wenn hat die E. R. V. et T. Statt, wenn findet sie nicht Statt?

Derjenige selbst, welcher für den Regreß haftet, kann nicht als Entwährer auftreten, wenn er etwa nachher neue Rechte an der Sache erlangt, oder entdeckt haben, oder schon vor der Veräusserung Rechte daran gehabt haben sollte. Denn wer eine Veräusserung gelten zu lassen schuldig ist, kann sie nicht selbst anfechten. Von ihm gilt die Regel, *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.* Die Einrede, mit welcher ein solcher Vindicant zurückgewiesen werden kann, ist die *exceptio rei venditae et traditae,* welche auch *exceptio doli mali* genennt wird[64]). Diese Einrede findet Statt,

I. wenn der Beklagte die Sache vom Kläger selbst erhalten hat, und letzter sie vindicirt, nach dem er in der Folge das Eigenthum daran erworben hat.

64) S. *Franc.* CALLET in Comm. ad L. 11. Cod. h. t. (Tom. II. *Thes. Meerm.* pag. 342.) *Jos.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. ult. D. de except. rei vend. et trad. pag. 901. sqq. und Westphal von Kauf §. 353. ff.

L. 17. D. de evict. Ulpianus *libro XXIX. ad Sabinum.* Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, *exceptione doli* posse summoveri, nemini dubium est: quamvis alio iure dominium quaesierit: improbe enim rem a se distractam evincere conatur.

L. 1. pr. D. de except. rei vend. et trad. Ulpianus *libro LXXVI. ad Edictum.* Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris, et tuum postea factum petas, *hac exceptione* recte[65]) repellendum.

Es tritt hier noch der Grund hinzu. Wäre die Sache noch nicht tradirt, an welcher der Verkäufer erst nachher das Eigenthum erworben hat, so würde der Verkäufer dennoch den Kauf zu halten schuldig seyn[66]). Um so mehr kann er, als Vindicant, mit einer Exception zurückgewiesen werden[67]).

II. Wenn der Beklagte die Sache zwar von einem Andern hat, der Kläger aber die von demselben geschehene Veräusserung anzuerkennen verbunden ist. Dahin gehören folgende Fälle.

1) Wenn der Erbe des Veräusserers die Sache als sein Eigenthum in Anspruch nimmt.

L. 1. §. 1. D. eodem. Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum.

L. 73. D. de evict. Paulus *libro VII. Responsorum.* Seja fundos Maevianum et Sejanum et

65) Dieses recte ist, wie Brenkman in der Gebauerischen Ausgabe bemerkt, durch eine Gemination recte *te* zu lesen. Unser Cod. Erl. hat *te* hac exceptione recte repellendum.

66) *L. 46. D. de act. emti et vend.*

67) *L. 156. §. 1. D. de div. reg. iur.*

ceteros doti dedit: eos fundos vir Titius, viva Seja, sine controversia possedit: post mortem deinde Sejae Sempronia heres Sejae quaestionem pro praedii proprietate facere instituit[68]). Quaero, cum Sempronia ipsa sit heres Sejae, an iure controversiam facere possit? Paulus respondit, *iure quidem proprio*, non hereditario[69]), Semproniam, quae Sejae, de qua quaeritur, heres exstitit, controversiam fundorum facere posse: sed evictis praediis, eandem Semproniam heredem Sejae conveniri posse, vel *exceptione doli mali* sumoveri posse.

L. 14. *Cod. eod. Imp.* Gordianus A. *Secundino.* Sive possessio venditoris fuit, filius, eiusdemque patris heres, frustra quaestionem movet: sive non patris, sed filii eius possessio fuit, de qua iure hereditario auctor laudari potest, controversiam movere non potest.

L. 14. *Cod. de rei vindicat.* Impp. Diocletianus *et* Maximianus A A. et C C. *Septianae.* Cum a matre domum filii, te sciente, comparasse proponas, adversus eum, dominium vindicantem, si

68) Es ist hier ein solcher Fall vorauszusetzen, wo der Mann vermöge der Eheberedung die Dotalgüter nach dem Tode der Frau behalten sollte. S. Westphal. §. 358.

69) Die Seja machte nämlich nicht als Erbin auf die Dotalgüter Anspruch, sondern aus einem eignen ihr schon vor der Erbschaft daran zugestandenen Rechte. Darum war ihre Klage nach dem strengen Rechte gegründet. Allein nach der Billigkeit konnte sie mit der *exceptio doli mali* zurückgewiesen werden, welche vorzüglich in dem Falle Statt hatte, wenn ein Nachfolger des Verkäufers ex iure proprio klagen wollte. S. Westphal a. a. O.

matri non successit, nulla te exceptione tueri potes. Quod si venditricis obtinet hereditatem, *doli mali exceptione*, pro qua portione ad eum hereditas pertinet, uti non prohiberis.

2) Wenn der Verkäufer sein nachher an der veräußerten Sache erworbenes Recht einem Dritten titulo singulari durch Kauf oder Vermächtniß und dergleichen übertragen hat[70]). Denn die exceptio rei venditae et traditae findet, als eine exceptio in rem, gegen jeden Statt, welcher in des Veräußeres Rechte eintritt, er sey ein successor universalis oder singularis, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 3. §. 1. D. h. t. Hermogenianus *Libro VI. iuris Epitomarum.* Pari ratione *venditoris* etiam *successoribus* nocebit: sive *in universum ius*, sive *in eam duntaxat rem successerint.*

L. 2. D. h. t. Pomponius *lib. II. ex Plautio.* Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit; pretio autem soluto Titius Sempronii heres exstiterit, et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Julianus ait, aequius esse, *priorem*[71]) te tueri: quia, et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summoveretur, et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres.

L. 4. §. 32. D. de doli mali et metus except. Ulpianus *libro LXXVI. ad Edictum.* Si a Titio fun-

70) S. Westphal vom Kaufe rc. §. 362.

71) *Van de* Water Observat. iur. Rom. Lib. III. c. 2. will praetorem gelesen wissen. Allein *priorem* haben alle, auch Cod. Erl.

dum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit, pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit, et eundem fundum Maevio vendiderit, et tradiderit: JULIANUS ait, aequius esse, Praetorem te tueri: quia et si ipse Titius fundum a te peteret, *exceptione in factum comparata*, vel *doli mali* summoveretur: et si ipse eum possideret, et Publiciana peteres, adversus excipientem, *si non suus esset*, replicatione[72]) utereris: ac per hoc intelligeret, eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet[73]).

3) Wenn derjenige als Vindicant auftritt, der sich wegen der Eviction für den Verkäufer verbürgt hat, oder dessen Erbe. Daß der Bürge mit der exceptio doli zurückgewiesen werden kann, wenn er die Sache selbst in Anspruch nehmen wollte, für deren Gewähr er gut gesagt

72) Sc. *Si non eum mihi vendidisti.*

73) Der Sinn ist der. Durch diese Replik wird Titius einsehen, daß das Grundstück nicht mehr zu seinem Vermögen gehörte, als er es dem Mävius verkauft hat, weil er es mir schon vorher verkauft hatte. Zwar war er damals noch nicht Eigenthümer, dieß war er erst nachher durch Beerbung des Eigenthümers geworden, als er dieses Grundstück an den Mävius verkaufte. Allein hätte er selbst deswegen das Grundstück vindiciren wollen, so würde ihm die exceptio doli entgegen gestanden haben; und wäre er wieder in den Besitz desselben gekommen, so würde ihn der Käufer mit der actio publiciana haben nöthigen können, es wieder herauszugeben. Konnte er es also rechtlich nicht mehr, als ihm gehörig, ansehen, so konnte er es auch an keinen Andern weiter verkaufen. *L. 72. D. de Rei vind.* S. POTHIER Pand. Justin. T. I. h. t. Nr. VII. not. e.

hat, hat keinen Zweifel. Denn er hat ja durch seine Verpflichtung, wegen der Eviction gut zu stehen, den Kauf selbst anerkannt, wie folgende Gesetzstelle lehrt.

L. 11. *Cod. de evict.* Imp. ALEXANDER A. *Clementi.* Exceptione doli recte eum submovebis, *quem ab auctore tuo fideiussorem accepisti*, si eius nomine controversiam refert[74]), quasi per uxorem suam, antequam tu emeres, comparaverit: *quia venditioni adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit.*

In Ansehung des Erben des Bürgen ist es streitiger. Diesem soll nach der Meynung vieler Rechtsgelehrten[75]) die exceptio doli nicht entgegen stehen, wenn er für seine Person, wegen eines ihm in dieser zustehenden eignen Anspruchs, die Sache vindicirt. Man gründet diese Ausnahme auf eine Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, welche *L.* 31. *C. h. t.* folgendermassen lautet: Heredem fideiussoris rerum, pro quibus defunctus apud emtorem intercesserat pro venditore, factum eius, cui successit, *ex sua persona* dominium vindicare non impedit: scilicet evictionis causa durante actione. Allein man hat mit Recht dagegen erinnert, daß dieses Gesetz blos von dem strengen Recht zu verstehen sey, nach welchem

74) Refert i. e. Movet.

75) ACCURSIUS, BARTOLUS, GOTHOFREDUS ad L. 31. Cod. de evict. *Ge.* FRANTZKIUS Comm. ad Pand. Tit. de evict. nr. 596. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. GUZMANN Tr. de Eviction. Qu. XXXVIII. nr. 8. *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. und *Chr. Fr. Ge.* MEISTER Diss. de iuris vinculo, quo plures pro evictione auctores tenentur. §. 20. p. 35. sq.

freylich der Erbe des Bürgen nicht gehindert ist, sein Eigenthum zu vindiciren. Allein da er doch, als Erbe, aus der Bürgschaft seines Erblassers haftet, so kann ihm allerdings die exceptio doli mali so gut, wie seinem Erblasser, entgegen gesetzt werden. Läßt sich aber der Käufer die Vindication gefallen, ohne diese Exception entgegen zu setzen, so bleibt ihm denn freylich weiter nichts übrig, als die Evictionsleistung zu fordern[76]). Endlich

4) wenn der Kläger derjenige ist, in dessen Namen und an dessen Statt die Veräusserung geschahe. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

a) Wenn dessen Bevollmächtigter die Sache dem ihm ertheilten Auftrage gemäß verkauft hat, und der Mandant sie nachher vindicirt.

L. 1. §. 2. *D. h. t.* Ulpianus *libro LXXVI. ad Edictum.* Si quis rem meam *mandatu meo* vendiderit, vindicanti mihi rem venditam, *nocebit haec exceptio.*

L. 49. *in fin. D. Mandati.* Marcellus *libro VI. Digestorum.* Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, *exceptione doli* summovetur.

b) Wenn die Gerichte Sachen des Schuldners, welcher ausgepfändet worden, verkauft haben, und der Schuldner die öffentlich versteigerten Sachen vindiciren will. So wie der Schuldner in diesem Falle den Käu-

76) S. *Jac.* Cujacius in Recitat. solemn. ad L. 11. Cod. de evict. *Franc.* Calletius in Comm. ad L. 11. Cod. eod. nr. 4. *Hug.* Donellus in Comm. ad eand. L. 11. nr. 2. *Franc.* Duarenus Comment. ad eand. L. 11. *Oper.* pag. 1220. *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. LXXXIX. Th. 10. und *Jos.* Finestres Hermogenianus c. l. §. 5. pag. 905.

fern wegen der Eviction haftet, so kann auch ihm, wenn er selbst als Vindicant auftritt, die exceptio rei venditae et traditae entgegengesetzt werden, eben so, als ob er die Sachen selbst verkauft hätte[77]).

L. 13. *Cod. de Evict.* Imp. GORDIANUS A. *Zoilo.* Si ob causam iudicati pignora capta sunt ex eius auctoritate, cui praecipiendi ius fuit, eaque, de quibus complecteris[78]), tu mercatus es: frustra ab ea, quae condemnata est, vel quae in eius locum successit, eorum refertur quaestio: quandoquidem, et si evictio eorum ab alio subsecuta fuisset, adversus eos debuisse dari actionem, quibus pretii solutio proficit, rectissime responsum est.

III. Zuweilen kann diese Exception auch demjenigen entgegengesetzt werden, welcher sonst wegen der Entwährung nicht haften darf. Z. B. dem Pfandgläubiger, welcher, als solcher, das Pfand des Schuldners verkaufte, und nachher aus einem andern Grunde das verkaufte Pfand vindiciren will.

L. 10. *D. de distract. pignor* PAULUS *lib. VI. Responsor.* Et si is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest: tamen non esse audiendum creditorem, si velit eiusdem rei ex alia causa quaestionem movere.

Die exceptio rei venditae et traditae kommt nicht nur dem Käufer, oder Erwerber, dem die Sache von dem Kläger tradirt worden ist, sondern auch seinen Erben, und allen andern, die auch nur titulo singulari in sein Recht

77) FINESTRES c. l. §. 7. pag. 905. sq. und Westphal. §. 354.

78) Das heißt, deren du in deiner Supplic gedenkest.

eintreten, z. B. dem Legatar, dem zweyten Käufer, und dergl. und also die Sache von dem Kläger, der sie vindicirt, nicht erhalten haben, zu Statten [79]).

L. 3. pr. D h. t. Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei, cui res tradita est, sed successoribus etiam eius, et emtori secundo, et si res ei non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi, secundo rem non evinci.

Es kann jedoch auch der Käufer, wenn er sich der gedachten Einrede nicht bedienen will, die Sache dem Kläger zurückgeben, und dann gegen ihn auf Entschädigung klagen, welches ihm vielleicht in dem Falle vortheilhafter seyn kann, da er sich auf den Fall der Entwährung den doppelten Kaufpreis hat versprechen lassen.

L. 17. D. de evict. Ulp. *lib. 29. ad Sabinum.* Eligere autem emptor potest, utrum rem velit retinere, intentione per exceptionem elisa: an potius re ablata, ex causa stipulationis duplum consequi.

Diese Entschädigungsklage bleibt auch dem Beklagten unbenommen, wenn gleich der Richter auf die vorgeschützte Einrede keine Rücksicht genommen hätte, sondern die Entwährung dennoch erfolgt wäre [80]).

L. 18. D. eodem. Paulus *libro V. ad Sabinum.* Sed et si exceptio omissa sit aut opposita ea, nihilominus evictus sit, ex duplae quoque stipulatione, vel ex empto potest conveniri.

Die Exception fällt weg,

I. Wenn sich der Verkäufer gleich bey Schliessung des Contracts das Vindicationsrecht auf einen bestimmten

79) Finestres c. l. §. 3. pag. 903.

80) Westphal. §. 364.

Fall vorbehielt, z. B. wenn das Kaufgeld nicht würde zur bestimmten Zeit bezahlt seyn, oder wenn sich ein besserer Käufer finden sollte.

II. Wenn es der Veräusserung an den zum Rechtsbestande erforderlichen Eigenschaften fehlte. Dahin gehört,

1) wenn der Bevollmächtigte bey dem Verkaufe gegen seinen Auftrag handelte, z. B. die Sache unter dem bestimmten Preis weggab, oder sie vor der Bezahlung des Kaufgeldes übergab.[81]).

2) Wenn die Frau dem Gläubiger ihres Mannes, für den sie sich verbürgt hatte, ein Grundstück verkaufte, um damit die Schuld des Mannes zu tilgen. Hier kann sie die ihrer Vindication entgegengesetzte exceptio rei venditae et traditae durch die Replic entkräften, daß die Veräusserung gegen das SCtum Vellejanum geschehen sey[82]).

3) Wenn Güter der Pupillen und Minderjährigen, ohne Decret der Obrigkeit, oder Kirchengüter von dem Kirchenpfleger widerrechtlich veräussert worden sind[83]). Der Veräusserer vindicirt hier aus Amtspflicht.

81) *L.* 1. §. 2. *et* 3. *D. h. t. L.* 5. §. 3. *et* 4. *D. Mandati.*

82) *L.* 32. §. 2. *D. ad SCtum Vellejan.*

83) *L.* 29 *D. de cond. indebiti. L.* 16. *Cod. de praed. et aliis reb. minor. Cap.* 6. *X. de reb. eccles. non alienand.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 5. und Finestres a. a. O. §. 10. pag. 906.

Zusätze und Berichtigungen.

I. Zu dem Titel de aedilitio Edicto.

ad §. 1106. Not. 2. S. 33.

Die bey der *L.* 31. *D. de eviction.* vertheidigte Richtigkeit der Leseart: *vispellionem* non esse, und die am Ende dieser Note gemachte Bemerkung, es müsse mit diesem Namen eine Art von Infamie verbunden gewesen seyn, wird noch mehr durch eine andere merkwürdige Stelle in den Pandecten bestärkt. Es ist *L.* 7 *D. ad SCtum. Trebell.* wo gesagt wird, der Zwang zur Antretung einer fideicommissarischen Erbschaft falle alsdann weg, wenn die Gesundheit oder Amtswürde des Fiduciar-Erben nicht erlaubten, daß er die ihm von dem Erblasser auferlegte Bedingung erfülle, und nun als Beyspiel hinzugefügt wird: Quid enim, si morbo applicitus, Alexandriae iussus fuit adire, vel nomen *vispellionis* testatoris ferre. Es kann dem Erben nicht zugemuthet werden, den Namen des Testators zu führen, wenn dieser ein *Vispellio* gewesen. Man verbinde damit noch *L.* 63. §. 10. *D. eodem.* und vergleiche *Ios.* Averanius Interpretat. iuris Lib. II. cap. 24. nr. 45. *Greg.* Majansius Disputation. iur. civ Tom. II. Diss. XXXIV. §. 34. et 35. und *Christ. Gottl.* Richter Exercit. iur. civ. de conditione nominis ferendi ultimis voluntatibus adscripta. *Lipsiae* 1780. §. 9. Bey den nichtjuristischen röm. Klassikern und spätern Schriftstellern kommt jedoch durchgehends das Wort *Vespillo* vor, wie folgende Stellen beweisen. Suetonius *in Domitiano.* Cap. 17. nr. 5. Cadaver eius populari sandapila per *vespillones* exportatum. Martialis *Epigramat.* Lib. I. Epigr. 31. Chirurgus fuerat, nunc est *vespillo* Diaulus: coepit, quo poterat, clinicus esse modo; und *Epigr.* 48. Nuper erat medicus, nunc est *vespillo* Diaulus: Quod *vespillo* facit, fecerat et medicus. — Festus h. v. *Vespae* et *vespillones* dicuntur, qui funerandis corporibus officium gerunt, non a minutis illis volucribus, sed quia vespertino tempore eos efferunt, qui funebri pompa duci propter inopiam nequeunt. Tertullianus *de Pallio.* Cap. 4. *Vespillo*, *leno*, lânista, tecum vestiuntur. und Fulgentius *de prisco sermone* voc. *Vespillones.* Daher glaubt auch *Franc.* de Amaya Observation. iuris. Lib. II.

Cap. 13. nr. 23. sq. pag. 234. (*Genevae* 1633. 4.) *Vespillo* sey die richtigere Leseart. Dahingegen hält *Franc.* Ramos *del* Manzano in Commentar. ad Leges Iuliam et Papiam Lib. I. cap. 18. nr. 3. (in Meerm. Thes. Tom. V. pag. 94.) die Benennungen *Vespillones*, *Vispelliones*, und *vespertiliones* für gleichbedeutend, wodurch eine Classe von Menschen sey bezeichnet worden, welche man zu den Begräbnissen und Leichenbestattungen zu gebrauchen pflegte, und verächtliche Menschen gewesen zu seyn scheinen, weil sie sich durch Leichenberaubungen infamirt hatten. Sie hießen ursprünglich *Vesperones;* die angeführten Namen entstanden später. Man gab ihnen Schuld, daß sie die Cadaver, die sie auf den Scheiterhaufen gebracht, noch in den Flammen der Kleider zu berauben pflegten, weil das Verbrennen zur Nachtzeit geschahe. Catullus *Epig.* 60. Raevardus Conjectaneor. Lib. I. Cap. 14. Kirchmann de funeribus Romanor. Lib. I. cap. 10. Lib. III. cap. 5. et 24. *Vispelliones* wurden also wegen dieser ihrer Anrüchtigkeit für personae turpes gehalten, wenn es auch nur Sklaven waren. Kein Wunder, wenn man sich beym Sklavenkaufe versprechen ließ, daß der Sklave kein *Vispellio* sey. Hierzu kam, daß die Römer, wegen ihres religiösen Aberglaubens, solche Menschen, die mit Leichen und Begräbnissen sich abgegeben hatten, für ominös hielten. Welcher Herr mochte gern einen solchen Sklaven um sich haben, der ein Leichenbesteller und Todengräber war? Hielt es doch der Römer schon für eine unglückliche Bedeutung, wenn er sich von ohngefähr in ein Begräbniß verirrte! wie aus Livius Lib. 30. und Ammianus Marcellinus Lib. 31. erhellet.

ad. §. 1107. S. 44.

Not. 20. statt *faciat*, *ne revocetur* muß heißen: ne faciat, ut revocetur res donata, puta per evictionem a vero eius domino, quo ignorante, dolo malo alius rem donavit.

ad §. 1110. S. 56.

Am Schluße dieses §. sind die Worte noch beyzufügen:

„So wie jedoch der Käufer, um einer fehlerhaften Sache willen, auch die übrigen nicht fehlerhaften, welche er mit jener zugleich gekauft hat, zurückgeben kann, wenn er ohne die-

selbe auch die übrigen nicht gekauft haben würde, und der Verkäufer in diesem Falle sie alle wieder zurücknehmen muß; eben so kann auch der Verkäufer, wenn der Käufer unter mehreren zugleich gekauften Sachen nur die fehlerhafte allein zurückgeben will, mit Recht verlangen, daß ihm mit derselben auch die übrigen zurückgegeben werden, wenn er, ohne dieselbe, auch die übrigen nicht verkauft haben würde, und er ist also in diesem Falle bloß die fehlerhafte allein zurückzunehmen nicht schuldig. Denn das Edict der Aedilen will hierin beyden Theilen gleiches Recht angedeihen lassen, wie aus den Worten der *L.* 38. §. *ult. D. de aedilit. Edicto* erhellet, wo Ulpian sagt: Cum autem iumenta paria veniunt, Edicto expressum est: *ut, cum alterum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur:* in qua re tam emptori, quam venditori consulitur, dum iumenta non separantur. Ulpian redet nun zwar nur von iumentis paribus; es hat indessen keinen Zweifel, daß eben dieses auch in andern Fällen gelte. Man vergleiche hier noch *Christ. Theoph. de* Gmelin Commentat. iuris civ. de singulari iure rerum plurium, quae non sine damno vel offensa pietatis separantur, praecipue circa emtionem venditionem. *Tubingae* 1814. 8. §. 6. — 9."

ad §. 1112. S. 127.

Ad *L.* 9. *D. h. t.* Der griechische Ausdruck *ἀσήμως*, den Ulpian braucht, bedeutet eben das, was Celsus *L.* 7. §. *ult. D. de supellect. legata* nennt *τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ*, id est, *voce non articulata.*

Ad *L.* 10. §. *ult. D. eod.* verb. *atypus*, dieses Wort kommt von dem griechischen Wort *ἀτυπία* her, welches man gewöhnlich durch Stottern oder Stammeln zu übersetzen pflegt. Allein dieses Stottern heißt im Griechischen *ἰσχνοφωνία*, wie Zacchias Tom. I. Quaestion. medico legal. Lib. I. Tit. 3. Qu. 9. hierbey erinnert hat. *Ego*, sagt er, *nescio qua ratione ductus, putaverim aliquando ICtum hic pro* Atypo *illum accepisse, qui in principio loquendi haeret, atque cogitur repetere primam syllabam: ut volens proferre hanc vocem, Socrates, cogatur pronuntiare Sosocrates: vel illum, qui difficulter syllabam syllabae connectit, ut si*

pro hac voce, Plato, dicere cogatur Plaato; quae affectio MERCURIALI CAELIOQUE *testibus*, ἰσχνοφωνία *Graecis appellatur. Franc.* BALDUINUS in Annotat. in Tit. Pand. de aedilit. Edicto ad h. L. (*in Jurispr. Rom. et Attic.* Tom. I. pag. 883.) erklärt *Atypi* so, eos esse, qui non satis verba exprimunt, aut conformant.

Ad v. *Varus.* Vari können auch diejenigen heißen, welche krumme Hände haben. So kommen varae manus bey OVIDIUS Metamorphos. Lib. IX. v. 34. et 35. vor. Bey CELSUS Lib. VI. c. 5. sind *Vari* Flecken oder Blattern im Gesicht, welche auch variolae heißen.

Vatius heißt derjenige, welcher auswärts gebogene Füße hat. Von cruribus varis und vatiis spricht auch VARRO *de re rustica.* Lib. II. cap. 9. Man vergleiche noch *Jo. Casp.* KIRCHMAIER Opusc. de Latinitate Digestor. et Institution. (*Halae* 1772. 8.) Opusc. IV. §. 4. et 5. pag. 169. sqq.

II. Zum Titel de evictione.

ad §. 1117.

Nr. 3, Vergleich. Es läßt sich ausser den beyden Fällen, wovon *L.* 33. *Cod. de Transact.* spricht, nämlich 1) wenn vermöge des Vergleichs eine nicht bestrittene Sache dem Andern zur Abfindung gegeben wird; und 2) wenn die bestrittene Sache durch Aufgebung der Ansprüche des einen Transigenten dem andern überlassen wird, noch ein dritter Fall gedenken, welcher in dem Gesetz nicht enthalten, aber nach der Analogie des ersten Falles zu entscheiden ist. Dieß ist der Fall, wenn durch den Vergleich eine Forderung aus einem onerosen Titel anerkannt worden ist. Wening in der Abhandl. über die Gewährleistung bey dem Vergleiche, im Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweizer 1. Band (Heidelberg 1818.) S. 140—142. führt folgendes Beyspiel an. A. kaufte vom B. einen Gütercomplex von Waldungen, Wiesen, Aeckern und Zehnten, ohne eine genaue Beschreibung und Angabe der einzelnen Theile zu fordern und zu erhalten. Daher geschahe es, daß der Verkäufer bald nachher drey Wiesen, und zwey große Gehölze unter dem Vorwande vindicirte, daß solche nicht mit verkauft worden wären. Dem Prozesse wurde durch einen Vergleich vorgebeugt, nach welchem B. die drey Wiesen zurückerhielt, in Ansehung der Gehölze aber ausdrücklich den Kauf anerkannte. Es

wurden aber in der Folge die zwey bestrittenen, und nach dem Vergleiche dem A. überlassenen Waldungen von einem Dritten evincirt. A. forderte vom B. deshalb Evictionsleistung, und zwar mit Recht. Denn durch die Anerkennung des Kaufs gestand B. ja selbst ein, daß A. sein Recht von ihm ableite, und er also Auctor sey; er muß also auch den Kauf gewähren.

ad §. 1118. S. 231.

Ad *L.* 27. *Cod. h. t.* Daß die Worte *desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur*, so zu construiren sind: desiderio tuo, negantis hoc reddi, refragatur forma iuris, hat keinen Zweifel. Allein wenn daselbst mit *Jo.* Jensius angenommen worden ist, daß statt *desiderio tuo* es hätte heißen sollen: desiderio *tui*, so scheint dazu kein hinreichender Grund vorhanden zu seyn. Stünde *desiderio tui* wirklich in dem Gesetz, so wäre es freylich ein Graecismus. Denn so sagt Gellius *Noct. Attic.* Lib. XX. cap. 6. Si dicere velis *patrem mei*, pro patrem meum, quo Graeci modo *τόν πατέρα μοῦ* dicunt, inusitate quidem, sed recte profecto dices. Allein, daß auch die possessiva meus, tuus, suus mit dem Genitivo ordentlicher Weise so construirt werden, wie hier geschehen ist, lehren die Beyspiele in Sanctii Minerva Lib. II. cap. 13. und Perizonii Noten daselbst. Man vergl. auch Bach's unparth. Critic über jurist. Schriften. 3. B. 6. St. S. 520.

ad §. 1119. S. 242.

Hier findet sich Z. 11. durch eine unrichtige Versetzung der Buchstaben das Wort *Rethor* statt Rhetor.

S. 248. Z. 18. sind nach den Worten de evictione die Worte *in donatione* ausgelassen worden.

ad §. 1120.

Ad *L.* 21. *pr. D. de evict.* Hier ist noch zu bemerken, daß zwar *Jo. Guil.* Marckart Interpretation. receptarum iuris civ. Lectionum Lib. II. cap. 8. die florentische Leseart: *sed factum humanae sortis* zu vertheidigen sucht. Er sagt daselbst: Recte dixeris utrumque, mortem accidere *fato* humanae sortis, et *facto* humanae sortis. Quidquid *fato* contingit, illud etiam est *factum*, quamvis e contrario non omne factum sit fatale. Allein man wird kein Beyspiel finden, daß statt fatum das Wort factum je vom Tode wäre gebraucht worden. Es bleibt also wohl die Leseart *fatum* humanae sortis die richtigere, zumal da die Worte factum und fatum von den Abschreibern sehr häufig verwechselt worden sind. S. Bach's unpartheyische Critic über jurist. Schriften. 1. B. S. 479.

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 20,2

Erlangen 1819

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(20#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439058-0
VD18 10657126-002